Das Zurückbehaltungsrecht

nach bürgerlichem Recht und nach Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt

von

Hugo Belkin,

Referendar.

Königsberger Allgemeine Zeitungsdruckerei.

1903.

Meiner Mutter!

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung: Begrenzung des Themas 1

I. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts. (Z. R.)
A. nach B. G. B.
§ 1. Die allgemeinen Voraussetzungen.
1. Der Anspruch des Zurückbehaltungsgegners 2
2. Der Anspruch des Zurückbehaltenden 3
3. Zusammenhang beider Ansprüche 5
§ 2. Die besonderen Voraussetzungen.
1. im Falle des § 273 Abs. 1 7
2. im Falle des § 273 Abs. 2 8
B. nach dem H. G. B.
§ 3. Die allgemeinen Voraussetzungen.
1. Die Personen. 9
2. Die Gegenstände 10
3. Der Besitz 14
4. Die Forderungen 17
§ 4. Die besonderen Voraussetzungen des § 370.
1. im Falle des § 370 Nr. 1 23
2. im Falle des § 370 Nr. 2 24

II. § 5. **Wirkungen und Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.**
A. nach dem B. G. B. 26
B. nach dem H. G. B. 30

III. § 6. **Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts.**
A. nach dem B. G. B. 40
B. nach dem H. G. B. 41

IV. § 7. **Erlöschen und Hemmung des Z. R.**
A. nach dem B. G. B. 48
B. nach dem H. G. B. 50

V. § 8. **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und ihr Verhältnis zu § 273** 52

Anhang: Zusammenstellung der gewonnenen Resultate 56

Im bürgerlichen Recht kann ebenso wie im Handelsrecht ein Z. R. auf zwei Arten entstehen, nämlich durch Parteiabrede oder durch gesetzliche Bestimmung.

Bei dem in dieser Abhandlung beabsichtigten Vergleich zwischen dem Z. R. nach dem B. G. B. und dem nach dem H. G. B. scheidet naturgemäß die erste Entstehungsart aus, da diese an bestimmte Voraussetzungen nicht gebunden ist und es kommt nur das gesetzliche Z. R. in Betracht.

Bei Regelung desselben hatten sich die Berater des B. G. B. zuerst über die Frage schlüssig zu machen, ob sie das Z. R. für einzelne Fälle regeln oder allgemeine Bestimmungen über seine Voraussetzungen und Wirkungen festlegen sollten. Sie entschieden sich für das letztere und standen damit vor der weitern Schwierigkeit, an welcher Stelle das Z. R. dem System einzufügen sei. In den Kommissionsberatungen standen sich zwei Meinungen gegenüber; die Vertreter der einen wollten es in den allgemeinen Teil verweisen, da es sich über das ganze Rechtsgebiet erstreckte, während es den Verfechtern der andern Ansicht richtiger erschien, um eine Verallgemeinerung des Instituts auf das ganze Privatrecht zu vermeiden, das Z. R. in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse zu stellen und das Z. R. gegenüber dinglichen Ansprüchen durch besondere Vorschriften zu ordnen.

Die letztere Meinung errang den Sieg; das Z. R. erhielt seinen Platz im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, um seine Geltung auf das Obligationenrecht einzuschränken. Soweit außerhalb derselben das Z. R. erforderlich erschien, wurde es für die einzelnen Fälle durch Sondervorschriften geregelt.

Daher soll auch in unserer Abhandlung nur das bürgerlich rechtliche Z. R. mit dem kaufmännischen verglichen werden, das in dem allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse in den §§ 273, 274 geregelt ist. Am Schlusse der Arbeit soll dann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gesondert behandelt werden.

I. Die Voraussetzungen des Z. R.

A. nach dem B. G. B.

§ 1.

Die allgemeinen Voraussetzungen.

Die allgemeinen Voraussetzungen des Z. R. nach dem B. G. B. bestehen in dem Anspruch des Zurückbehaltungsgegners, in dem Anspruch des Zurückbehaltenden und dem Zusammenhang beider Ansprüche.

1. Anspruch des Zurückbehaltungsgegners (Gläubigers).

Der Zurückbehaltungsberechtigte kann sein Recht nur in der Weise geltend machen, daß er das Objekt des Anspruchs, welcher seinem Gegner gegen ihn zusteht, zurückbehält. Dieser Anspruch ist obligatorischer Natur; er muß fällig und rechtlich begründet sein, wenn nicht der Gläubiger mit seiner Klage ohne weiteres abgewiesen werden soll. Nur über den Gegenstand des Anspruchs war man sich sowohl im gemeinen Recht als auch bei Beratung des Entwurfs nicht einig. Sollte man das Z. R. auf das Zurückbehalten geschuldeter Sachen beschränken oder es auch auf Handlungen und unkörperliche Sachen ausdehnen. Die letztere Ansicht drang schließlich durch und man ging sogar soweit, nicht nur Rechte und Handlungen als Gegenstand des Z. R. zuzulassen, sondern auch Unterlassungen. Diese Erweiterung wurde in der Literatur sehr heftig angegriffen.[1])

„Darüber, wie sich ein Z. R. an einem geschuldeten non facere praktisch gestaltet, wird man sich vergeblich den Kopf zerbrechen." (Seuffert a. a. O.) Und doch scheint die Lösung nicht so schwer zu sein, es ist natürlich aber eine Zurückbehaltung von Omissivhandlungen nur dann möglich, wenn es sich um fortgesetzte Unterlassungshandlungen handelt. Denn wenn nur eine einzige Unterlassung geschuldet wird, dann würde die Vornahme der Handlung nicht sowohl einstweilige Verweigerung der Erfüllung als totale Nichterfüllung sein.[2]) In diesem Falle ist aber das Z. R. nicht anwendbar, da sich hier aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt. Doch darüber das Nähere weiter unten.

---

[1]) Von Petrazycki S. 519, Seuffert Beiträge Heft XI § 3 S. 16.
[2]) Schollmeyer § 273 Anm. 1b.

2. Der Anspruch des Zurückbehaltenden.

Dem Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner muß ein solcher desselben Schuldners gegen denselben Gläubiger entsprechen. Von dieser Regel gibt es jedoch zwei Ausnahmen:

1. Der Bürge des Zurückbehaltungsberechtigten kann alle diesem zustehenden Einreden geltend machen, also auch die Zurückbehaltungseinreden. (§ 768 B. G. B.)
2. Dem Zurückbehaltungsberechtigten steht die Zurückbehaltungseinrede auch gegenüber dem Cessionar zu, wenn dieselbe zur Zeit der Abtretung des Hauptanspruchs begründet war (§ 404 B. G. B.).

   Anders bei der Schuldübernahme. Derjenige, der gemäß § 414 B G. B. die Schuld des Zurückbehaltungsberechtigten zwar übernommen hat, der aber nicht zugleich Cessionar des Berechtigten bezüglich des Gegenanspruchs geworden ist, hat das Zurückbehaltungsrecht nicht.

Auch dieser Anspruch hat obligatorischen Charakter und muß fällig sein, ihm darf, wie Planck[3]) sagt, keine verzögerliche Einrede entgegenstehen. Liquidität ist zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts unstreitig nicht erforderlich, ebensowenig Gleichartigkeit[4]) der Ansprüche. Ja, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird sogar im allgemeinen nur bei ungleichartigen Forderungen einen Sinn haben; denn bei gleichartigen Ansprüchen werden die Parteien sich zweckmäßiger der Aufrechnung[5]) bedienen.

Jedoch wird auch bei Gleichartigkeit der Ansprüche das Z. R. ausgeübt werden können, wenn die Aufrechnung wie in den §§ 391 Absatz 2, 392, 394 ff. durch gesetzliche Vermutung ausgeschlossen, die Zurückbehaltung aber erlaubt ist.[6])

Für die Praxis von Wichtigkeit ist die Frage, ob die Bestimmung des § 394 B. G. B., welcher die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Ansprüchen ausschließt, wegen Gleichheit des Grundes, auch auf das Z. R. Anwendung findet. Das ist m. E. mit Dernburg zu verneinen.[7])

---

[3]) Planck zu § 273 nach 1b.
[4]) Ebenso Bendix Seite 267.
[5]) Dernburg Kompensation Seite 371.
[6]) Rieger Seite 25.
[7]) B. R. Band II. Seite 127; ebenso Simon Seite 66, Schollmeyer zu § 394 M. Pappenheim in der Dtsch. Jur. Zeitg. Jhrg. VII S. 86 ff.; a. M. Rieger Seite 67 ff.

Streitig ist, ob der Anspruch des Zurückbehaltenden klagbar sein muß, oder ob eine sogenannte natürliche Verbindlichkeit genügt. Die Frage läßt sich nicht allgemein beantworten, da die natürlichen Verbindlichkeiten unter einander sehr verschieden sind. Betrachten wir zuerst die Verbindlichkeiten, welchen das Gesetz die Erzwingbarkeit ausdrücklich verweigert, wie z. B. die Forderungen aus Spiel und Wette (§ 762 B. G. B.), die Forderungen des Ehemäklers (§ 656 B. G. B.) und die Verbindlichkeiten aus den §§ 814 und 817, so ist hier zweifellos das Z. R. als Mittel zur Erzwingung der Leistung stets zu verweigern.[8]) Es fragt sich nur noch, ob verjährte Ansprüche ein Recht zur Zurückbehaltung geben, da diese Ansprüche vom B. G. B. ganz besonders begünstigt sind. So kann das einmal Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden, ferner sind Anerkenntnisse und Sicherheitsleistungen voll wirksam (§ 222), Hypothek und Pfandrecht bleiben bestehen (§ 223) und die verjährte Forderung kann noch aufgerechnet (§ 390) und in verschiedenen Fällen auch einredeweise geltend gemacht werden (§§ 478, 821 853 u. a.). Man könnte nun wie Schollmeyer[9]) von der Zulässigkeit der Aufrechnung analog auf das Z. R. schließen und es für verjährte Forderungen auch zugestehen. Allein das widerspräche dem Rechtssatz, daß die Wirkungen einer natürlichen Verbindlichkeit über das gesetzliche Maß hinaus nicht ausgedehnt werden können.[10]) Das Z R. wird daher m. E. den auf natürlichen Verbindlichkeiten beruhenden Ansprüchen versagt werden müssen.

Schließlich bleibt noch die Frage zu erörtern, ob der Betrag des Anspruchs des Zurückbehaltenden demjenigen der zurückzubehaltenden Leistung entsprechen muß, oder was dasselbe ist, ob nur ein dem Betrage des Gegenanspruches entsprechender Teil der geschuldeten Leistung, oder diese in ihrem ganzen Umfange zurückbehalten werden kann. Ich meine, der Wert der zurückbehalten Leistung muß in einem Verhältnis zur Größe des Gegenanspruches stehen, da das ganze Z. R. auf Billigkeit beruht.

Für diese Ansicht spricht ferner der § 320 Absatz 2, welcher für die gegenseitigen Verträge ganz analoge Bestimmungen

---

[8]) Ebenso Endemann Seite 543 Anm. 9, Dernburg a. a. O. S. 123 Anm. 7, Simon a. a. O.

[9]) Anm. 2a zu § 273, Rieger S. 24 und die Motive.

[10]) Simon a. a. O.

trifft.[11]) Ja, dasselbe gilt auch, wie wir weiter unten sehen werden, nach der herrschenden Ansicht für das Handelsrecht.

Mit der Erörterung des Wertverhältnisses der beiden Ansprüche sind wir bereits zu der dritten Voraussetzung des Z. R. gekommen, zu dem Zusammenhang der beiden Ansprüche.

3. Der Zusammenhang beider Ansprüche.

Das Vorhandensein der beiden oben erörterten Ansprüche genügt zur Entstehung des Z. R. allein nicht; vielmehr verlangt der § 273, daß sie in einer gewissen Verbindung mit einander stehen. Mit diesem Erfordernis hat das B. G. B. den sehr schwankenden und unsichern Begriff der Connexität aus dem gemeinen Recht übernommen und ihn dahin näher zu bezeichnen gesucht, daß die beiden Ansprüche im allgemeinen auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen müssen. Es fragt sich nun: wann beruhen die beiden Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse? Das ist zweifellos der Fall bei den gegenseitigen Verträgen; jedoch gilt für diese die Sonderbestimmung des § 320 über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die aber ihrer Eigentümlichkeiten wegen weiter unten gesondert behandelt werden soll. Es gehören ferner hierher die beiderseitigen Ansprüche der Parteien aus den unvollkommen zweiseitigen Verträgen, d. h. aus denjenigen, welche zwar auf beiden Seiten Rechte und Pflichten begründen, aber nicht so, daß die Leistung der einen Partei als ein Aequivalent für die der andern gilt, wie Auftrag, Verwahrung, Leihe. Aus demselben rechtlichen Verhältnisse können aber auch die beiden Ansprüche entstehen, ohne daß sie auf Vertrag beruhen, z. B. die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, das Recht auf Erteilung einer Quittung u. a. m. Zuweilen wird es zweifelhaft sein, ob die Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. „Entscheidend wird dabei der Gesichtspunkt sein müssen, ob das Verhältnis, auf welchem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist.“ Mit diesen Worten hat Planck[12]) in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht[13]) m. E. den entscheidenden Gesichtspunkt gekennzeichnet.

---

[11]) Ebenso Dernburg S. 123; Schollmeyer Ziffer 1b zu § 273, Frese S. 40; a. M. Rieger S. 26, Fulda S. 24, Philler S. 76, Staudinger Ziffer 3 zu § 273.

[12]) Zu § 273 Ziff. 1a; ebenso Dernburg S. 123, Oertmann Ziff. 1 zu § 273.

[13]) R. G. Band XIV S. 233.

Es kommt bei Entscheidung der Frage lediglich auf die Identität des Zwecks an: „ist diese vorhanden, so wird auch trotz Mehrheit der begründenden Verträge eine Identität des rechtlichen Verhältnisses anzunehmen sein." (Oertmann a. a. O.) Denn dieses ist wohl gleichbedeutend mit „rechtlich geregeltes Lebensverhältnis."

Nach § 273 Abs. 2 hat auch der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete das Z. R., wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, ohne daß in diesen beiden Fällen die Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse zu beruhen brauchen.[14]) Es genügt hier lediglich der tatsächliche Zusammenhang, daß das Objekt des Hauptanspruchs der Gegenstand ist, auf welchen die Verwendungen gemacht sind, bezw. welcher den Schaden verursacht hat.

Das Z. R. wegen Verwendungen war schon im römischen und gemeinen Recht anerkannt und konnte dort sowohl gegenüber obligatorischen als auch gegenüber dinglichen Ansprüchen auf Herausgabe geltend gemacht werden. Ebenso ist es im B. G. B. geblieben, nur mit der Erweiterung, das das B. G. B. auch wegen Verwendungen auf ein Recht im Gegensatz zum gemeinen Recht die Zurückbehaltung gestattet. Uns interessiert hier allein entsprechend dem Rahmen der Arbeit die Zurückbehaltung wegen Verwendungen auf den Gegenstand gegenüber obligatorischen Ansprüchen auf Herausgabe. Unter den Begriff Verwendungen fallen nicht nur alle unmittelbaren Vermögensaufwendungen, sondern auch die Eingehung von Verbindlichkeiten gemäß § 257 B. G. B. Handelt es sich um Herausgabe von Sachen, so müssen es Speziessachen sein. Denn wenn der Schuldner zur Leistung von Genussachen verpflichtet ist und gerade solche leistet, auf welche er Verwendungen gemacht hat, so kann er nicht das Zurückbehaltungsrecht ausüben. Ein solches Z. R. wegen Verwendungen auf eine Sache steht z. B. dem Verkäufer zu, wenn er nach dem Uebergange der Gefahr, aber vor der Uebergabe, notwendige Verwendungen auf die verkaufte Sache gemacht hat. (§ 450 B. G. B.); ebenso dem Mieter aus § 547 gegen den Vermieter und dem Pächter aus dem § 581 gegen den Verpächter, ferner dem Entleiher aus § 601 gegen den Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der Sache. Verwendungen auf ein

[14]) Ebenso Planck a. a. O., Dernburg S. 124 Rieger S. 36, Frese S. 18; a. M. Fulda a. a. O. S. 36, welcher in diesen beiden Fällen den rechtlichen Zusammenhang ohne weiteres für gegeben ansieht.

Recht sind möglich z. B. bei Grunddienstbarkeiten, bei dem Nießbrauchsrecht und Erbbaugerechtigkeiten.

Der § 273 Abs. 2 gewährt ferner ein Z. R. demjenigen zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten, welchem ein fälliger Anspruch wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens zusteht. Hierher gehören die Fälle des § 833 ff. (Haftung des Tierhalters, bezw des Aufsehers), § 835 (Haftung des Jagdberechtigten für Wildschaden), § 836 ff. (Haftung des Besitzers für den durch Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Bauwerks verursachten Schaden).

§ 2.

Die besonderen Voraussetzungen.

Liegen die oben erörterten allgemeinen Voraussetzungen des Z R auch in ihrer Gesamtheit vor, so kann es doch noch zweifelhaft sein, ob das Z. R. ausgeübt werden darf. Vielmehr muß noch geprüft werden, ob auch die in dem § 273 Abs. 1 und 2 enthaltenen besonderen Voraussetzungen in dem konkreten Falle vorhanden sind.

Im Falle des allgemeinen Z. R. (§ 273 Abs. 1) darf nämlich der Schuldner das Z. R. nur geltend machen, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt." Zu den allgemeinen Erfordernissen muß also noch das besondere hinzutreten, daß das Schuldverhältnis die Zurückbehaltung gestattet. Die Einschaltung dieser Schutzbestimmung war erforderlich, um Härten zu vermeiden, welche sonst in einzelnen Fällen unausbleiblich gewesen wären.

Das Z. R. wird daher nicht ausgeübt werden dürfen:[1])

1. wenn der Schuldner nach der Natur des Schuldverhältnisses vorleisten muß. Ein Beauftragter kann also z. B. nicht die Rechnungslegung verweigern, bis ihm der Auftraggeber seine Auslagen erstattet hat (§§ 666, 670), da sich diese aus der Rechnung erst mit Sicherheit feststellen lassen[2]);
2. wenn die Ausübung der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung widersprechen würde, in bestimmter Weise mit dem geschuldeten Gegenstande zu verfahren. Dieser Fall wäre z. B. beim Verwahrungsvertrage denkbar;

1) vgl. zu Folg. Rieger S. 42 ff.
2) Seuffert Beiträge S. 66. Schollmeyer a. a. O.

3. wenn es mit dem Wesen des Schuldverhältnisses unvereinbar ist, die Erfüllung des eigenen Anspruchs durch Vorenthaltung des gegnerischen Anspruches zu erzwingen. So darf nach Dernburg[3]) der Dienstpflichtige seine Dienste nicht verweigern, obgleich der Dienstherr seine fälligen Verpflichtungen aus dem Dienstvertrage, insbesondere die schuldige Lohnzahlung, noch nicht erfüllt hat. Dies widerspräche der Natur des Schuldverhältnisses;

4. wenn bei Obligationen auf non facere das einmalige facere oder bei Obligationen auf facere das einmalige non facere den Zweck der Leistung unbilliger Weise vereiteln oder die Erfüllung überhaupt unmöglich machen würde. Hierzu giebt v. Petrazycki[4]) ein vortreffliches Beispiel:

A hat von B ein Pferd zur Aufbewahrung und Pflege gegen monatliche Vergütung von 30 Mark bekommen; nachdem A einen fälligen Anspruch auf 30 M. erlangt hat, verweigert er Fütterung und Pflege des Pferdes sowie dessen Herausgabe.

Im Falle des § 273 Abs. 2 kann der Herausgabepflichtige den Gegenstand, auch wenn er Verwendungen auf ihn gemacht oder Schaden durch denselben erlitten hat, doch nicht zurückbehalten, wenn er ihn durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Und das mit Recht. Denn wer auf solche Weise in den Besitz eines Gegenstandes geraten ist, hat für seine denselben betreffenden Ansprüche das Recht auf ein Sicherungsmittel, welches lediglich auf Billigkeit beruht, verwirkt.

Abgesehen von diesen Fällen hat das B. G. B. das Z. R. noch ausdrücklich versagt dem Bevollmächtigten an der Vollmachts-Urkunde (§ 175) und dem Mieter bezw. Pächter in bestimmten Fällen (§§ 556 Abs. 2, 580, 581 Abs. 2). Ferner ist durch das Gesetz vom 22. VI. 1889 § 108 Abs. 2 und 3 die Zurückbehaltung der Quittungskarten der Alters- und Invaliditätsversicherung untersagt[5]).

[3]) a. a. O. S. 396.
[4]) a. a. O. Seite 520.
[5]) Dernburg S. 124 Anm. 14.

B. nach dem H. G. B.

§ 3.

Die allgemeinen Voraussetzungen.

Eine der wesentlichsten Voraussetzungen des bürgerlichen Z. R. ist, wie wir eben gesehen haben, die Connexität, ein gewisser Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch, dessen Charakter aber in der gemeinrechtlichen Theorie sehr bestritten und zweifelhaft war und auch heute noch nicht feststeht. Um das Z R. zu einem im Handelsverkehr praktisch brauchbaren Rechte zumachen, mußte man an Stelle des unsicheren Begriffs der Connexität feste Erfordernisse setzen, die jedermann zu erkennen in der Lage war. Dies ist im A. D. H. G. B. wie H. G. B. geschehen.

Die Voraussetzungen des gewöhnlichen kaufmännischen Z. R. zerfallen nun nach A. D. H. G. B. wie H. G. B. in 4 Gruppen:

1. Die Personen.

Das Z. R. kann nur zwischen Kaufleuten begründet werden, d. h. Schuldner und Gläubiger müssen Kaufleute sein. Der Art. 262 des 1. Entwurfs hatte zwar nur vom Retinenten verlangt, daß er Kaufmann sei, und ihm auch gegen den nicht kaufmännischen Schuldner das Z. R. gegeben. Die Härte, die darin für den nicht kaufmännischen Gläubiger lag, veranlaßte die Nürnberger Konferenz zu der Bestimmung, daß Gläubiger und Schuldner Kaufleute sein müssen. Es können Kaufleute entweder nach § 1—3, 5 oder nach § 4 H. G. B., also Voll- oder auch Minderkaufleute sein. Denn die Beschränkungen der letzteren sind auf das Z. R. nicht ausgedehnt. Nach § 6 H. G. B. können auch die Handelsgesellschaften offene, Kommandit-, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien das Z. R. ausüben. Ebenso die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (cf. § 13 d. Ges. vom 20. April 1892) und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (vgl. § 17 d. Ges. vom 1. Mai 1899). Kaufleute waren ferner diejenigen Personen und Gesellschaften auf welche einzelne Partikularrechte den Kaufmannsbegriff übertragen hatten, wie z. B. das Gesetz vom 15. August 1865, die Einführung des A. D. H. G. B. in Württemberg betr. in seinen Artikeln 4 und 5. Diese Ausdehnung hatte als Ergänzung des H. G. B. bis zum 1. Januar 1900 zu Recht be-

standen, da § 2 des Norddeutschen Bundesgesetzes, betreffend die Einführung der . . . . . des A. D. H. G. B. als Bundesgesetze, vom 5. Juni 1869 [1]) bestimmt hatte, daß „die bei oder nach der Einführung . . . . . des H. G. B. in die einzelnen Bundesstaaten oder deren Landesteile im Wege der Bundesgesetzgebung erlassenen Vorschriften als landesgesetzl. Vorschriften in soweit in Kraft bleiben, als sie eine Ergänzung und nicht eine Abänderung einer Bestimmung des H. G. B. enthalten."

Diese Vorschriften sind jetzt durch Art. 15 E. H. G. B. aufgehoben, welcher bestimmt: „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im H. G. B auf die Landes-Gesetze verwiesen ist." Diese Vorschriften sind aber weder im E. H. G. B. noch im H. G. B. erwähnt.

Kaufmann ist ferner auch die staatliche Eisenbahnverwaltung, wie aus verschiedenen Reichsgerichtsentscheidungen hervorgeht. Bisher war auch die Postverwaltung als Kaufmann angesehen worden. Das ist jedoch nach dem H. G. B. anders geworden. § 452 desselben bestimmt ausdrücklich:

„Die . . . Postverwaltungen gelten nicht als Kaufleute im Sinne dieses Gesetzbuches."

2. Die Gegenstände.

Das Z. R. erstreckt sich nur auf die beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners. Es kann also nicht an Immobilien ausgeübt werden. Ihm sind ferner im Gegensatz zum bürgerlichen Recht entzogen Leistungen oder andere Handlungen des Gläubigers, welche der Schuldner von ihm zu fordern berechtigt ist und Rechte des Schuldners, „soweit dieselben nicht durch urkundliche Verbriefung körperliche Gestalt angenommen haben" (Korn). Alle anderen körperlichen Sachen und Wertpapiere jeder Art können Gegenstand des Z R. sein, so z. B. auch jede Geldsumme, soweit die Münzen bezw. das Papiergeld nicht als Summe, sondern als einzelne Stücke in Betracht kommen.

Alle Wertpapiere können retiniert werden, wie Obligationen, Aktien, Wechsel, Konnossemente, Lager- und Ladescheine. Lebhafter Streit herrschte bezüglich der Frage, ob auch Beweisdokumente unter Wertpapiere fallen. Nach Ansicht des R. O. H. G., dem auch von Hahn und Goldschmidt folgen, war auch an

[1]) Maudry, der zivilrechtliche Inhalt, S. 70.

Hypothenurkunden (Band III, S. 159 und Bd. VI S. 198) und Versicherungspolicen (Bd. IX S. 242) das kaufmännische Z. R. möglich.

Das R. G.[2]) sieht im Gegensatz zu dieser Ansicht nur solche Urkunden, welche einen selbständigen realisierbaren Vermögenswert haben, als Sachen oder Wertpapiere im Sinne des Art. 313 bezw. § 369 an, nicht bloße Legitimationsurkunden. (Bd. XXIV S. 301). Das R. G. hält jedoch die Möglichkeit der Ausübung des Verkaufsrechtes nicht für eine unbedingte Voraussetzung des Retentionsrechtes.[3])

Es zählt zu den Wertpapieren des § 369 auch Aktien und Interimsscheine, die auf den Namen lauten und nur mit Genehmigung der Gesellschaft übertragen werden können.[4]) (Bd. XXXVI S. 38). Auf dem Wege des Vertrages kann jedoch das Retentionsrecht natürlich auch an Legitimationsurkunden eingeräumt werden. Aus dem Recht auf Retention eines Grundschuldbriefes oder einer Hypothekenurkunde folgt jedoch noch nicht das Recht auf Befriedigung aus der Grundschuld oder der Hypothenforderung, also auch nicht im Konkurse des Schuldners auf abgesonderte Befriedigung aus demselben (Bd. XV S. 59); es müssen im Gegenteil die Hypothekenurkunden und Versicherungspolicen in diesem Falle zur Konkursmasse herausgegeben werden. (XX S. 133, XXIV S. 301.)

Während im bürgerlichen Recht die zurückbehaltenen Sachen auch Dritten gehören können, müssen im H. G. B. die beweglichen Sachen und Wertpapiere im Eigentum des Schuldners stehen, d. h. Alleineigentum oder auch Miteigentum.

Beim Miteigentum erstreckt sich das Z. R. auf die Quote des Schuldners (§ 747 B. G. B.); bei gesamter Hand entscheidet das zu grunde liegende Rechtsverhältnis.[5]) Die Frage, in welchen Fällen der Schuldner Eigentümer ist, beantworten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Was speziell die Wechsel betrifft, so bestimmen Art. 36, 74 W. O.: Der durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten als Eigentümer legitimierte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel

---

[2]) Ebenso Lehmann-Ring S. 87.
[3]) Ebenso Dernburg III S. 767.
[4]) A. M. Staub Anm. 16 zu § 369.
[5]) Lehmann-Ring Nr. 12 zu § 369.

in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

§ 365 H. G. B. (im alten Recht Art. 305) dehnt diese Vorschriften auf alle 7 Klassen der kaufmännischen Ordrepapiere aus, die der § 363 H. G. B. (im alten Recht Art. 301—4) aufzählt. Die Bestimmungen der Art. 306—8 A. D. H. G. B. über die Eigentumsverhältnisse an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren sind jetzt ersetzt durch die §§ 932—36, 1207—8 B. G. B. betreffend den Schutz des redlichen Erwerbers. Diese Vorschriften werden durch den § 366 H. B. G. in zwiefacher Weise erweitert.

1 Nach dem B. G. B. erlangt der Erwerber, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist, nur dann Eigentum, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, die Sache gehöre dem Veräußerer. Weiß der Erwerber, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, so erlangt er selbst dann nicht das Eigentum, wenn er in dem guten Glauben ist, dem Veräußerer stehe das Recht zu, die Sache für den Eigentümer zu veräußern, wenn aber dieses Recht in Wirklichkeit demselben nicht zustand. Weiter geht § 366 H. G. B: Der Erwerber von Sachen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert, erlangt an ihnen auch dann Eigentum, wenn er zwar weiß, daß die Sachen dem Veräußerer nicht gehören, doch ohne grobe Fahrlässigkeit ihn für verfügungsberechtigt gehalten hat.

2. Nach § 936, B. G. B. erlischt das Recht eines Dritten, mit dem die veräußerte Sache belastet ist, nicht, wenn der Erwerber zur maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben war. Auch in diesem Falle geht das H. G. B. viel weiter, indem es bestimmt: Derjenige, dem ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Sache veräußert, erwirbt sie auch dann frei von dem darauf ruhenden Rechte eines Dritten, wenn er zwar von der Belastung weiß, sich aber in dem guten Glauben befindet, daß der Veräußerer das Recht habe, die Sache frei von der Last zu veräußern.

§ 367 H. G. B. stellt dann noch besondere Präsumptionen für den bösen Glauben beim Erwerb von Inhaberpapieren, die dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind, durch einen Kaufmann auf, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt.

Die Gegenstände müssen im Eigentum des Schuldners zur Zeit der Ausübung des Z. R. stehen. Es ist nicht notwendig, daß der Schuldner schon vorher Eigentümer

war, ebensowenig wird durch späteren Verlust das Z. R. aufgehoben, es sei denn, daß eine resolutio ex tunc vorliegt. So geht das sogenannte Verfolgungsrecht, welches nach § 44 K. O. dem Absender der Ware zusteht, falls über das Vermögen des Empfängers der Konkurs eröffnet ist, bevor er in den Besitz der Ware gelangt, dem Z. R., welches der Spediteur oder Frachtführer gegen den Gemeinschuldner geltend machen, vor (D. S. 213).

Nach der bisherigen Praxis[6]) hatte der Gläubiger kein Retentionsrecht an Sachen, welche ihm selbst gehören, welche er aber auf Grund eines persönlichen Schuldverhältnisses an den Schuldner herauszugeben verpflichtet ist. Anders nach dem H. G. B. § 369 Satz 2 bestimmt: „Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übertragen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist."

Werden von dieser Ausnahme alle Fälle betroffen, in denen der Gläubiger verpflichtet ist, dem Schuldner das Eigentum an den Sachen zu verschaffen, insbesondere der Fall, daß der Gläubiger als Verkäufer verpflichtet ist, dem Schuldner als Käufer das Eigentum an den verkauften Waren zu übertragen,[7]) oder nur solche, in denen es sich um die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigentums handelt? Die erstere Ansicht vertritt Dernburg,[8]) die letztere Lehmann-Ring, Gareis, Litthauer. M. E. ist die letztere die allein richtige. Denn dafür spricht einmal der Wortlaut der Bestimmung, „wenn das Eigentum zurückzuübertragen ist", dann aber auch die im Handelsverkehr natürliche Auffassung, daß diese Sachen, deren Eigentum der Gläubiger auf den Schuldner zurückübertragen muß, doch ökonomisch im Eigentum des Schuldners stehen. Diese Ausnahme trifft Fälle, in denen der Käufer die in sein Eigentum bereits übergegangenen Waren dem Verkäufer zur Verfügung stellt, indem er Anspruch auf Wandlung erhebt, oder in denen der Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung die Sache dem Schuldner zurückzugewähren hat, oder

---

6) R. O. H. G. XIX S. 57; R. G. XII S. 80.
7) R. O. H. G. XIX Nr. 17.
8) Bürgerliches Recht III S. 766.

in denen ein als Rimesse übersandter Wechsel unbezahlt geblieben ist, und von dem Gläubiger eingelöst werden muß.[9])

Den Beweis für das Eigentum des Schuldners hat in allen Fällen der Gläubiger zu erbringen.[10])

3. Der Besitz.

Der Gläubiger kann nur an solchen Gegenständen das Z. R. ausüben, die mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind. Der Gläubiger kann also nur solche Sachen retinieren, an denen ein Besitz überhaupt möglich ist, also z. B. nicht Sachgesamtheiten. Denn an diesen an sich ist Besitz unmöglich, er ist nur denkbar an den einzelnen Sachen. Unter Besitz ist sowohl der unmittelbare (§ 857 B. G. B.) wie der mittelbare (§ 868 B. G. B.) zu verstehen; die Besitzdienerschaft des § 855 B. G. B. ist für den Gläubiger aber nicht ausreichend. Jedoch ist wohl der Fall möglich, daß der Schuldner Besitzdiener des Gläubigers ist. Der Schuldner darf aber nicht selbst der unmittelbare Besitzer für den Gläubiger sein[11]) Dagegen genügt die Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206 B. G. B.[12])

Das Z. R. des Gläubigers wird, ebenso wie im bürgerlichen Recht, nicht dadurch aufgehoben,[13]) daß ihm die Verfügungsmöglichkeit über die Sache z. B. durch Beschlagnahme entzogen ist, noch in dem Falle, daß der unmittelbare Besitzer dem Gläubiger gegenüber ein Retentions- oder Pfandrecht am Gute geltend macht, wie z. B. der Frachtführer oder Schiffer wegen der Fracht. Ja, der Gläubiger kann selbst dann retinieren, wenn seiner Verfügung augenblicklich ein Hindernis entgegensteht, das nur mit gerichtlicher Hilfe beseitigt werden kann.

Der § 369 führt als Spezialfall des Imbesitzehabens an, daß der Gläubiger mittelst Konnossements, Ladescheines oder Lagerscheins über die Sache verfügen kann. In diesen Fällen ist für den Gläubiger zur Geltendmachung seines Z. R. der Besitz der Ware selbst ganz unerheblich;[14]) es kommt hier allein auf die Möglichkeit der Verfügung über die Traditions-

[9]) D. S. 211, 212.
[10]) R. G. III S. 154.
[11]) Dernburg B. R. III S. 766.
[12]) Ebenso Lehmann-Ring Nr. 8 zu § 369.
[13]) Hahn Art. 313 § 13.
[14]) Laband S. 444 f. 492.

papiere an. Die Retentionsgegenstände müssen mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gekommen sein. Durch diese Bestimmung wird die Retention in allen Fällen ausgeschlossen, wo die Sache durch eigenmächtige Besitzergreifung des Gläubigers oder durch Uebertragung von seiten eines Dritten ohne Einwilligung oder Genehmigung des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt ist. Für die Rechtsgiltigkeit der Willenserklärung des Schuldners sind die §§ 119 ff. B. G. B. entscheidend. Der einfachste Fall ist der, daß der Schuldner selbst die Sache dem Gläubiger überträgt; die Sache kann aber auch von einem Dritten mit vorheriger Zustimmung (Einwilligung) oder nachträglicher (Genehmigung) des Schuldners, die nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, auf den Gläubiger übertragen werden. In diesem Falle entscheidet das zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehende Rechtsverhältnis darüber, ob der letztere Rückübertragung des Besitzes verlangen darf. Kann der Dritte mit Recht die Rückübertragung verlangen, dann darf der Gläubiger die Rückübertragung nicht mit Hinweis auf sein Z. R. verweigern.

Daß der Schuldner von dem Akt und der Zeit der Besitzergreifung durch den Gläubiger gewußt hat, ist im Gesetzbuche nicht verlangt.[15]) Wohl hatte der Entwurf ersten Lesung das verlangt; man hat jedoch später von diesem Erfordernis abgesehen.

Eine umgekehrte Entstehungsgeschichte hat das andere Erfordernis durchgemacht, daß die Sache „auf Grund von Handelsgeschäften" in den Besitz des Gläubigers gekommen sein müsse. Während in erster Lesung ein dahingehender Antrag verworfen wurde, siegte in zweiter Lesung die entgegengesetzte Auffassung, durch welche dieses Erfordernis in das Gesetzbuch hineinkam. Auf die Frage, welche Geschäfte unter den Begriff „Handelsgeschäfte" fallen, geben die §§ 343, 344 H. G. B. Antwort. Der Kreis derselben ist im H. G. B. noch dadurch erweitert, daß Art. 275 A. D. H. G. B., der die Verträge über unbewegliche Sachen ausschied, im H. G. B. weggefallen ist, sodaß jetzt also auch solche Verträge die Eigenschaft von Handelsgeschäften haben. Ein Handelsgeschäft muß also die Veranlassung geworden sein, daß die Sache in den Besitz des Gläubigers glangte (Hahn). Nicht zur Ausführung gekommene oder ungiltige Handelsgeschäfte, wie Offerte, Zusendung unbestellter Waren gehören eigentlich

---

[15]) R. G. IX S. 48.

nicht hierher. Doch hat das R. O. H. G. Zusendung in der beiderseitigen Erwartung, daß ein Handelsgeschäft zustande kommen werde, für ein Handelsgeschäft im Sinne des § 369 erklärt.[16]) An rein unbestellt zugesendeten Waren kann dagegen eine Retention nicht ausgeübt werden.[17]) Da aber nicht immer der Fall so einfach liegen wird, daß der Schuldner selbst die Sache dem Gläubiger übergibt, um z. B. ein Handelsgeschäft zu erfüllen, sondern da auch der Fall eintreten kann, daß der Gläubiger die Sachen des Schuldners von einem Dritten ohne Auftrag, wenn auch notwendigerweise mit Wissen des Schuldners erhält, oder aber auch selbst als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Schuldner handelt, z. B. dessen verpfändete Sache einlöst, so entsteht die Frage, welches dieser Geschäfte ein Handelsgeschaft sein muß.

Zweifellos muß das Geschäft ein Handelsgeschäft sein, auf Grund dessen die Sache an den Gläubiger gekommen ist. Das kann sehr wohl auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Fall sein. Zweifel können nur darüber entstehen, ob auch das Geschäft, auf grund dessen die Sache aus dem Besitz des Schuldners gekommen ist, ein Handelsgeschäft sein müsse, oder ob gar alle dazwischen liegenden Geschäfte dieser Eigenschaft bedürfen. Denkt man sich nun den einfachsten Fall, daß die Sache aus dem Besitz des Schuldners direkt in den des Gläubigers übergegangen ist, so läßt sich die Frage dahin zusammenfassen: Muß das dem Uebergang zu grunde liegende Geschäft auf beiden Seiten Handelsgeschäft gewesen sein? Diese Frage wird wohl allgemein in der Literatur mit Rücksicht auf den Wortlaut „auf Grund von Handelsgeschäften" nicht „von beiderseitigen Handelsgeschäften" verneint.[18]) Nur das Geschäft, das dem Besitzerwerb des Gläubigers zu grunde liegt, muß ein Handelsgeschäft sein, bei dem direkten Uebergang des Besitzes von Schuldner auf Gläubiger braucht das Geschäft also nur auf Seiten des letzteren ein Handelsgeschäft zu sein.

In dem Gesetz heißt es, der Besitz der zu retinierenden Sache muß mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften erworben sein. Wollte das Gesetz mit der Ausdrucksweise diese Erfordernisse nur für den Erwerb des Besitzers aufstellen oder ist es dahin zu interpretieren, daß der Wille des

[16]) R. O. H. G. X S. 236, ähnlich VII S. 213 und R. G. XXVI S. 59, 60.
[17]) Zeitschrift XVII S. 200 f.
[18]) Anders Thöl S. 717.

Schuldners solange fortdauern müsse, bis die anderen Voraussetzungen des Retentionsrechtes vorliegen? M. E. ist die letztere Ansicht, die besonders Hahn S. 177 vertritt, die allein richtige. (Ebenso Korn, Lehmann-Ring.) Hat der Schuldner berechtigterweise vor diesem Zeitpunkt seine Willenserklärung aufgehoben, so kann der Gläubiger nicht retinieren, da nunmehr der Besitz gegen den Willen des Schuldners ausgeübt ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht, der auch das Oberappellationsgericht Dresden[19]) beigetreten ist, erhellt am besten aus dem Beispiel von Hahn's: Wenn der Deponent vor Fälligkeit der Forderung des Depositars die Sachen zurückfordert, dann kann dieser die Herausgabe bis zur Fälligkeit mit Rücksicht auf sein Z. R. nicht verweigern. Anders liegt der Fall selbstverständlich bei Rechtsverhältnissen, die nicht einseitig gekündigt werden können, wie z. B. bei der Miete. Der Gläubiger kann hier wohl das Z. R. ausüben, wenn der Vermieter kündigte, die Forderung des Mieters aber vor Ablauf der Kündigungsfrist fällig war.[20])

4. Die Forderungen.

Ein Kaufmann kann das Retentionsrecht ausüben wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen. Die Forderung, wegen deren retiniert werden soll,[21]) muß also ihre Veranlassung haben in Geschäften, die zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen sind und sowohl auf Seiten des Gläubigers wie des Schuldners Handelsgeschäfte sind. Das H. G. B. hat darnach statt des vielumstrittenen Begriffs der Connexität, eines Haupterfordernisses des bürgerlichen Z. R., ein anderes Erfordernis aufgestellt, nämlich das des tatsächlichen Zusammenhanges zwischen der Forderung des Gläubigers und einem zwischen den Parteien abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft.

Eine Ausnahme hiervon macht § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896: Teilt, nämlich der Zwischenbankier dem Hauptbankier mit, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge, dann steht dem Hauptbankier an den angeschafften Papieren ein Z. R. nur wegen der Forderungen zu, welche mit bezug auf diese Papiere entstanden sind.

19) Seuffert's Archiv XXIV Nr. 259.
20) Anders Goldschmidt I § 98 Nr. 64.
21) Die Forderung muß natürlich klagbar sein. Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 369.

Von dem Begriff „Handelsgeschäft" gilt dasselbe, was wir oben gesagt haben. Erleichtert wird die Begriffsfeststellung durch die Präsumption des § 344 H. G. B., der dem Art. 274 A. D. H. G. B. entspricht.

Das R. O. H. G.[22]) hat als beiderseitiges Handelsgeschäft auch das Engagement eines Kaufmanns als Kassierers durch eine Genossenschaft aufgefaßt. Es sieht die Forderung auf Ersatz eines Kassendefektes als eine aus diesem Handelsgeschäft hervorgegangene an und erkennt deshalb das Retentionsrecht der Genossenschaft zur Deckung aus den ihr verpfändeten Papieren des Kassierers an.

Das die Forderung veranlassende Geschäft muß zwischen Retentionsgläubiger und Schuldner geschlossen sein. Damit ist die Unmöglichkeit der Retention sowohl wegen der Forderungen ausgesprochen, die der Gläubiger durch Erbschaft, Legat oder Cession erworben hat, als auch die Retention gegen einen Schuldner, auf den die Schuld in derselben Weise übergegangen ist.[23]) Anders liegt der Fall, wenn die Retention schon gegen oder für den Erblasser begründet war;[24]) in diesem Falle kann sie auch durch und gegen den Erben ausgeübt werden.

Durch den Ausschluß cedierter Forderungen wird den Interessen sowohl des Schuldners als auch des Konkursgläubigers in einer der Billigkeit entsprechenden Weise Rechnung getragen. Denn durch die Ausdehnung des Z. R. auf die cedierten Forderungen wäre jedem Kaufmann, der retentionsfähige Sachen des Schuldners besitzt, die Möglichkeit gegeben, zum Schaden der andern Konkursgläubiger seinen Geschäftsfreunden für ihre Forderungen Deckung zu geben. Andererseits würde die Dispositionsfähigkeit des Schuldners erheblich gefährdet werden. Denn der Inhaber seiner Waren könnte dieselben jederzeit als Retentionsobjekte benutzen, nachdem er sich Forderungen gegen den Schuldner hatte cedieren lassen. (Laband.)

Der Ausschluß des Z. R. an cedierten Forderungen war von der Konferenz nicht von vornherein beabsichtigt, vielmehr war in I. und II. Lesung beschlossen worden, daß sich das Z. R. auch auf die durch Cession erworbenen Forderungen erstrecken solle. Erst die Redaktionskommission fügte die Worte „zwischen ihnen geschlossenen" ein, bemerkte jedoch auf Vorhalten, daß durch diese Worte die cedierten Forderungen keineswegs durch-

[22]) R. O. H. G. VI S. 196.
[23]) Thöl S. 715.
[24]) R. O. H. G. X S. 161 V S. 304.

weg ausgeschlossen würden.[25]) Es gehöre z. B. hierher immer noch der Fall, wenn die Veranlassung zum Erwerb der cedierten Forderung ein zwischen dem Cessionar und debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war. Dieses Beispiel ist aber vollkommen unvereinbar mit dem Wortlaut des Gesetzes.[26]) Denn selbst wenn auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Schuldner und einem Dritten dieser sich von dem Gläubiger die Forderung cedieren läßt, so ist allerdings diese Vereinbarung die Veranlassung zur Cession gewesen Der Cessionar hat jedoch durchaus nicht seine Forderung gegen den debitor cessus aus dieser Uebereinkunft erworben, sondern nur aus dem zwischen Cedent und debitor cessus abgeschlossenen Geschäft. In diesem Falle kann also auch dann nicht retiniert werden, wenn jene Vereinbarung ein beiderseitiges Handelsgeschäft war.[27])

Ueber die Wirkung der Schuldübernahme in diesem Falle s. Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 369. Dort wird die Frage, ob das mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft durch Schuldübernahme nachträglich zu einem Geschäft zwischen Schuldner und Gläubiger werde, bejaht: dies m. E. mit Recht.

Anders steht es mit den Inhaber- und Ordrepapieren. Für eine Forderung aus einem solchen Papier ist Retention zulässig, wenn sowohl die Ausstellung desselben für den Schuldner als auch sein Erwerb durch den Gläubiger auf Handelsgeschäften beruht. Der Aussteller eines Inhaberpapieres verspricht demjenigen, der zur Verfallzeit dasselbe besitzt, der des Ordrepapieres, demjenigen, der es zu derselben Zeit legimitiert (Art. 36 W O) besitzt, eine Leistung machen zu wollen. Diese Leistung kann jeder Erwerber des Papieres selbständig und nicht nur als Rechtsnachfolger seines Vorbesitzers fordern, weil das Verhältnis zwischen Aussteller und Inhaber des Papieres nicht anders zu betrachten ist, als sei die Forderung aus einem unmittelbar zwischen dem Aussteller und dem letzten Inhaber abgeschlossenen Vertrage zu stande gekommen.[28])

Die Forderungen, wegen deren retiniert wird, müssen aber auch fällig sein, und zwar in dem Augenblick, in dem die

[25]) Prot. S. 1422.

[26]) Hahn a. a. O. S. 174 ff.

[27]) Ebenso Korn S. 56 ff., Puchelt Art. 313 Z. 6a, Anschütz u. Völderndorff Art. 313 II Z. 1, Laband S 490, Goldschmidt S. 1039, A. A Makower II. Aufl. N. 54 b Wolff in Busch's Archiv III 269.

[28]) Ebenso Thöl § 219 ff., Hahn S. 175, Puchelt Art. 313 Z. 6a, Anschütz u. Völderndorff II Z. 1, Makower N. 54b, Goldschmidt S. 1040, Korn S. 57 ff., A. A. Laband S. 491.

Herausgabe der Sachen des Schuldners verweigert wird. Der Grund für die Aufstellung dieses Erfordernisses war der[29]), daß das Retentionsrecht nicht weiterreichen dürfe, als die Kompensationsbefugnis. Darin scheint versteckt der Gedanke zu liegen, daß in der Retention eine Uebertragung der Kompensation von Geld auf Sachen zu sehen sei.[30]) Dieses Erfordernis entspricht auch durchaus der Billigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs; denn der Schuldner würde ja in seiner freien Verfügung über seine Waren und damit in seiner Erwerbstätigkeit empfindlich geschädigt werden, wenn der Gläubiger, der ihm erst im Vertrauen auf seine Leistungsfähigkeit Kredit für eine bestimmte Zeit gewährt hat, das Recht hätte, plötzlich vor Ablauf dieser Zeit seine Waren zurückzubehalten.

Der älteste und hauptsächlichste Fall der Retention ist der wegen Forderungen aus Wechselaccepten. Hier wird nun besonders die Frage, wann die Forderung des Acceptanten gegen den Trassanten fällig ist, mit anderen Worten, von welchem Zeitpunkt an der Acceptant eines Wechsels das Z. R. an Sachen des Trassanten geltend machen kann, wichtig.

Von vornherein scheidet hierbei der Fall aus, daß der Wechsel auf Schuld gezogen ist, d. h., daß er zur Tilgung einer Schuld des Bezogenen gegen den Remittenten gezogen ist.

Ist der Wechsel auf Kredit gezogen und angenommen, so wird der Anspruch des Acceptanten erst mit der Zahlung fällig; vorher kann der Acceptant nicht retinieren. Denn aus seinem Accept muß man schließen, daß er den Wechsel auf künftige Rechnung des Remittenten einlösen wolle und vor Zahlung auf Deckung durch die in sein r Hand befindlichen Gegenstände des Ausstellers verzichte.[31])

Der gewöhnlichste Fall ist wohl der, daß nicht auf Kredit gezogen ist. Hier wird der Anspruch des Bezogenen gegen den Aussteller, ihm die Mittel zur Einlösung der Tratte zu gewähren, gleich mit der Annahme fällig. Der Acceptant kann im Momente der Annahme schon die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände des Remittenten retinieren.[32])

Weitere Erfordernisse stellt das Handelsgesetzbuch hinsichtlich der Forderungen nicht auf. So ist Liquidität ebenso wie

[29]) Prot. S. 1351.
[30]) R. O. H. G. II S. 84, XV S. 99.
[31]) S. Korn a. a. O. S. 51.
[32]) Ebenso Hahn S. 173f.

im bürgerlichen Recht kein materielles Erfordernis.[33]) Es ist auch nicht notwendig, daß es sich um eine Geldforderung handelt, doch muß die Forderung in eine Geldforderung übergehen können, da sonst der Verkauf nicht möglich ist (§ 1228 Abs. 2 B. G. B.) Auch die Zeit der Entstehung der Forderung, ob sie vor, mit, oder erst nach Erlangung des Besitzes der Sachen entstanden ist, ist ohne Einfluß auf das Retentionsrecht. Dieser Zeitpunkt ist nur in dem unten zu behandelnden Falle des § 370 von Bedeutung.

Mit den bisher besprochenen Erfordernissen für die Entstehung des Z. R. ist die Reihe der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen erschöpft. Liegen diese in ihrer Gesamtheit vor, so ist die Zurückbehaltung unter gewöhnlichen Verhältnissen möglich. Eine Ausnahme von diesem Prinzip macht nur der Abs. 3 des § 369, welcher bestimmt: „Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet".[34])

Das Deckungsrecht (d. h. Retentionsrecht) des Gläubigers muß daher stets wegfallen,[35]) wenn die Einwilligung des Schuldners ausgeschlossen ist, sei es durch positive Vorschrift des Schuldners oder eine von dem Gläubiger übernommene Verpflichtung. Durch diese Bestimmung des H. G. B. wird jedoch die Bedeutung des gewöhnlichen Z. R. erheblich gemindert, da wohl nicht oft ein Kaufmann seine Waren einem anderen übergeben wird, ohne zugleich über dieselben in einer das Z. R. ausschließenden Art zu disponieren oder den Zweck der Uebergabe zu erklären. Doch wird die scheinbare Härte dieser Bestimmung beträchtlich gemildert durch den § 370, der eine solche Disposition im Falle der Unsicherheit des Schuldners für unwirksam erklärt.

Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle, in denen bei Vorhandensein aller erforderlichen Voraussetzungen das Retentions-

---

33) R. O. H. G. X S. 236.

34) Diese Bestimmung, die auch für das bürgerliche Recht gilt, ist nicht durch das A. D. H. G. B. neu geschaffen, sondern findet sich schon in den Statuten von Genua, in der Nürnberger P. O., dem Augsburger Ratsdekret und in dem H. G. B. von Chile von 1555. Vergl. Goldschmidt § 98 Nr. 53.

35) Ebenso Laband S. 493.

recht doch ausgeschlossen ist. Im ersten Fall ist die Retention ausgeschlossen, wenn sie der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe erteilten Anweisung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet. Diese einseitige Anweisung des Schuldners wird, da der Gläubiger sich mit Uebernahme der Waren derselben unterwirft, zur lex contractus. Der Gläubiger kann daher die Ware nicht etwa annehmen und behalten, die Ausführung der Anweisung aber unter Berufung auf sein Z. R. verweigern. Täte er das, so würde er damit gegen den obersten Grundsatz im Handelsrecht, gegen Treu und Glauben, verstoßen. Das ist aber nicht erlaubt.[36]) (Prot. S. 4577.)

Anders liegt der zweite Fall, wenn nämlich der Gläubiger die Ware des Schuldners in seinen Besitz bekommen hat, ohne daß letzterer vor oder bei der Uebergabe derselben jenem eine das Z. R. ausschließende Anweisung erteilt hat, gleichgültig, ob er die Möglichkeit dazu hatte oder nicht. Liegen in einem solchen Falle die Voraussetzungen des Z. R. in ihrer Gesamtheit vor, so kann der Gläubiger die Ware auch retinieren. Dieses Recht des Gläubigers kann nunmehr durch den Schuldner ihm nicht mehr einseitig genommen werden, sondern zu seinem Ausschlusse ist die Einwilligung des Gläubigers erforderlich, der Gläubiger muß, wie das Gesetz sagt, die Verpflichtung, nur in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, übernommen haben.

Die Verpflichtung des Gläubigers, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, mag sie durch Uebernahme der Ware mit Anweisung des Schuldners, mag sie durch Uebereinkunft zwischen den Parteien entstanden sein, ist nun nicht identisch mit der allgemeinen gesetzlichen Pflicht, nach dem Willen des Eigentümers der Gegenstände zu handeln, sondern sie muß besonders erklärt, oder besonders übernommen sein. Die Verpflichtung kann sehr verschiedener Art sein,[37]) sie kann z. B. darauf gehen, die Ware zu verkaufen, zu transportieren, sie zur Verfügung eines Dritten zu halten, sie als Deckung für Wechsel zu benutzen, welche vom Empfänger acceptiert sind, die in Erwartung eines Kaufs auf Probe oder Besicht übersandte Ware für den Fall, daß sie dem Empfänger nicht zusage, zurückzusenden usw. In allen diesen Fällen hat der Empfänger die Pflicht, mit der

[36]) R. G. III S. 116.
[37]) Vgl. Goldschmidt S. 1046.

Ware seiner Verpflichtung gemäß zu verfahren. Hat der Empfänger seiner Pflicht genügt, trotzdem aber die Ware in seinem Besitz behalten, z. B. er hat die zum Transport übergebene Ware dem Empfänger ohne Erfolg angeboten, so kann er nun allerdings sein Z. R. geltend machen.[38])

Es wird im einzelnen Fall nicht immer leicht sein, zu erkennen, ob eine solche das Z. R. ausschließende Verpflichtung des Gläubigers vorliegt, oder nicht. Sie muß jedenfalls darauf gehen, in bestimmter Weise mit der Ware zu verfahren. Ob sie das tut, hat der Richter zu entscheiden, der dabei den Handelsgebrauch und das Gebot von Treu und Glauben zu berücksichtigen hat. In vielen Fällen wird da auch der Standpunkt entscheiden, den der Richter hinsichtlich der oben S. 16 f. erörterten Frage einnimmt, ob der Wille des Schuldners nur beim Erwerb vorhanden sein, oder ob er so lange fortdauern müsse, bis alle anderen Voraussetzungen des Z. R. vorliegen. Folgt er mit Goldschmidt der ersteren Ansicht, so muß er die einseitige Vorschrift zur Ausschließung des Z. R. des Schuldners nur anerkennen, sofern sie vor oder bei Besitzerwerb des Retentionsgegenstandes erfolgt ist. Schließt sich der Richter dagegen der auch von uns vertretenen anderen Ansicht an,[39]) daß die einseitige Vorschrift genügt, sobald sie vor Fälligkeit der Forderung erklärt ist, so muß er zu dem entgegengesetzten Resultat kommen. Dieser Streit entbehrt jedoch für die Praxis eines bedeutenden Interesses, da der Gläubiger wohl nur im Notfalle von seinem Recht Gebrauch machen, im allgemeinen aber in seinem eigenen Interesse und zur Erhaltung seiner Geschäftsverbindungen von der Geltendmachung seines Z. R. absehen wird.

§ 4.

Die besonderen Voraussetzungen des § 370.

Wie oben bereits erwähnt, ist durch das Erfordernis des gleichzeitigen Vorhandenseins aller Voraussetzungen des § 369 die praktische Anwendbarkeit des Z. R. in vielen Fällen nicht möglich. Die Härte dieser Bestimmung wird aber in dem in der Praxis am häufigsten vorkommenden Falle, in welchem sie den Gläubiger auch am schwersten treffen würde, nämlich bei

[38]) Ebenso Hahn S. 183 § 18, Goldschmidt S. 1046, 47. Korn S. 63.

[39]) Ebenso Hahn S. 148 f., Korn S. 61 f., Thöl S. 721 f., R. O. H. G. XIX S. 369.

schlechter Vermögenslage des Schuldners, durch den dem Art. 314 A. D. H. G. B. entsprechenden § 370 H. G. B. in erheblicher Weise gemildert, wenn nicht beseitigt.

Danach fallen von den Bedingungen, die bei normaler Vermögenslage des Schuldners verlangt werden, in den drei Fällen der Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung und fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zwei der hauptsächlichsten weg. Der § 370 läßt nämlich in diesen 3 Fällen das Z. R. auch dann zu, wenn die Forderung, wegen deren retiniert werden soll, noch nicht fällig ist, und ferner selbst dann, wenn die Zurückbehaltung der Anweisung des Schuldners oder der Uebernahme der Verpflichtung des Gläubigers, in bestimmter Weise mit dem Retentionsgegenstande zu verfahren, widerstreitet. Die drei Fälle, in denen das Gesetz eine Unsicherheit der Vermögenslage des Schuldners erkennt, sind nach dem Vorbilde des Art. 29 der W. O., der den Sicherheitsregreß an dieselben Voraussetzungen knüpft, in das A. D. H. G. B. gekommen. Der in der W. O. ebenso wie im A. D. H. G. B. genannte vierte Fall, Vollstreckung des Personalarrestes gegen den Schuldner wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit, ist durch § 1 des R. Ges. vom 29. Mai 1868 in Verbindung mit der C. P. O., welche die Schuldhaft nur zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§ 774, 75) und zur Erzwingung des Offenbarungseides (§ 782) gestattet, gegenstandslos geworden und daher im H. G. B. auch weggefallen.

Der erste Fall des § 370 ist der, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist. Wann dies eintritt, bestimmt § 102 der Konkursordnung, welcher Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als Voraussetzung der Konkurseröffnung verlangt; der Eröffnung des Konkurses steht natürlich die Wiedereröffnung desselben gleich (§ 198). Dieselbe kann eintreten, wenn der Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankerotts rechtskräftig verurteilt ist.

Der Konkurseröffnung stellt das Gesetz den hauptsächlichsten in der K. O. hervorgehobenen Fall der Zahlungsunfähigkeit gleich, die Zahlungseinstellung. Die Zahlungseinstellung, welche nicht mit der Zahlungsstockung zu verwechseln ist, gilt nach der Ansicht des R. G.[1]) als erfolgt, „wenn der Schuldner selbst der Wahrheit entsprechend seinen Gläubigern erklärt, daß er seine Schulden, wie sie fällig werden, im ganzen zu befriedigen keine

[1]) R. G. VI S. 97.

Mittel habe, und demnächst oder zugleich unterläßt, fällig werdende Forderungen zu befriedigen und der Umstand, daß er kleinere Schulden nun dennoch befriedigt, oder daß er, um eine Pfändung nicht eintreten zu lassen, auch größere Schulden bezahlt, wenn ihm deshalb Pfändung droht, während er die übrigen fällig gewordenen Schulden unbezahlt läßt, beseitigt die Zahlungseinstellung so wenig wie der Umstand, daß der Schuldner sein Geschäft fortgesetzt hat."

Der dritte Fall des § 370 endlich ist der, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist. Es muß also irgend ein Gläubiger wegen irgend einer Forderung in das Vermögen des Schuldners die Zwangsvollstreckung betrieben haben, aber nicht, oder nicht vollständig sich haben befriedigen können.

In allen diesen Fällen treten die Erleichterungen des § 370 ein, aber auch *nur* in diesen Fällen. Die Vorschrift dieses Paragraphen ist weder extensiv noch restriktiv, sondern strikte zu interpretieren.[2]) Das geht zweifellos aus ihrem Wortlaute und den Verhandlungen hervor. Soll die Erleichterung des § 370 eintreten, so *muß* durch eines der drei oben besprochenen Ereignisse das Vermögen des Schuldners betroffen sein.

Der Geltendmachung des Z. R. steht — das wird von dem Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, obgleich es schon nach den Grundsätzen der bona fides von selbst sich verstände — die Anweisung des Schuldners und die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung nur dann nicht entgegen, wenn dem Gläubiger das Vorhandensein der drei Tatsachen erst *nach* der Uebergabe der Sachen oder *nach* der Uebernahme der Verpflichtung bekannt geworden ist[3]). Denn wenn ein Kaufmann, obwohl er weiß, daß der andere im Konkurse ist, Sachen desselben unter einer die Retention ausschließenden Vorschrift desselben annimmt, oder eine den gleichen Zweck verfolgende Verpflichtung übernimmt, so würde er die Grundsätze von Treu und Glauben in grober Weise verletzen, wenn er nun plötzlich ein Z. R. an diesen Gegenständen geltend machen wollte. Ist aber eines der drei Ereignisse nach Uebernahme der Ver-

---

2) Ebenso Goldschmidt S. 1043, 44. Hahn S. 186 § 2. Korn S. 67.

3) In A. D. H. G. B. hieß es noch: „eingetreten oder bekannt geworden sind"; das ist jetzt weggelassen, fortan kommt es nur auf die Kenntnis des Gläubigers an.

pflichtung bekannt geworden, so kann das Z. R. selbst an solchen Gegenständen ausgeübt werden, welche erst nach Eintritt einer der drei Tatsachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sind.[4])

Wie ist es nun aber mit der Forderung, derentwegen retiniert werden soll? Muß diese vor dem Eintritt einer der drei im § 370 genannten Tatsachen entstanden sein, oder kann auch wegen einer nachher entstandenen retiniert werden? Ich meine, sie muß vorher entstanden sein, wenn die Erleichterungen des § 370 eintreten sollen.[5])

Denn es wäre doch ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn ein Kaufmann, der, wohlwissend, daß auf seiten seines Kontrahenten einer der drei Umstände vorliegt, diesem kreditiert hat, plötzlich vor Fälligkeit seiner Forderung bezw. entgegen seiner übernommenen Verpflichtung die Gegenstände des Schuldners retinieren könnte. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß bei Aufeinanderfolge mehrerer, oder dem wiederholten Eintritt eines der im § 370 genannten Ereignisse jedes neue dieselbe Wirkung hat wie das vorangegangene.[6])

Mit der Bestimmung des § 370, welche der Handelsverkehr wegen seiner besonderen Kreditverhältnisse erforderlich machte, hat das H. G. B dem Zurückbehaltungsrecht der Kaufleute einen erheblich größeren Wirkungskreis gesichert, als es dem B. G. B. möglich war. Eine gleiche oder auch nur ähnliche Bestimmung ist dem bürgerlichen Recht fremd.

II. Wirkungen und Geltendmachung des Z. R.

A. nach dem B. G. B.

§ 5.

Die Wirkung des Z. R. besteht zunächst in der Befugnis, die geschuldete Leistung zu verweigern. Die Leistung kann aber nicht nur in der Hingabe von Sachen, sondern auch in der Begründung und dem Aufgeben von Rechten bestehen. Der Schuldner übt daher das Z. R. auch aus, wenn er seine eigene

4) R. G. XII S. 91.

5) Ebenso Goldschmidt S. 1044. Anschütz und Völderndorff S. 202, Korn S. 70. A. A. Thöl S. 714 f.

6) Puchelt Art. 314 Nr. 4.

Sache, welche er dem Gläubiger hinzugeben verpflichtet ist, behält. Leistet der Schuldner trotz seiner Befugnis zur Verweigerung, so kann er das Geleistete nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern. (§ 813 B. G. B.)[1])

Das Z. R. giebt dem Schuldner nicht die Befugnis, über den zurückbehaltenen Gegenstand zu verfügen, ja es kommt, wie wir sehen werden, nicht einmal in Betracht, ob der Schuldner denselben besitzt oder nicht; denn er kann auch die Leistung verweigern, ohne die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache zu haben. Doch darf der Besitzdiener die herauszugebende Sache nicht aus Ansprüchen gegen den Besitzer zurückbehalten. Das wäre verbotene Eigenmacht.

Der Zurückbehaltungsberechtigte hat auch keinen Anspruch auf den Bezug der Früchte und Nutzungen.

Andererseits aber haftet er auch nicht wie z. B. der Pfandgläubiger für ein gewisses Maß von Sorgfalt, sondern seine Haftung richtet sich nach dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen er an sich zur Leistung verpflichtet ist.

In der Regel hat er jedoch gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. So lange der Zurückbehaltende mit Recht seine Leistung verweigern kann, wird er nie in Verzug geraten. Er kann aber den Gläubiger in Verzug setzen, wenn er ihm die Leistung gegen Gegenleistung anbietet und dieser zwar anzunehmen bereit ist, seinerseits die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. (§ 298)

Durch die Zurückbehaltungseinrede wird die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers nicht gehemmt (§ 202 Abs. II), da „es in seiner Macht steht, die Einrede (durch Befriedigung) zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige." [2]) Eine Forderung, welcher die Zurückbehaltungseinrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. (§ 390)

Das Z. R. gibt dem Schuldner auch kein Verkaufsrecht, wenigstens steht nichts Derartiges in den §§ 273, 274 Doch folgt aus dem § 772 Abs. II: „Steht dem Kläger ein Pfandrecht oder ein Z. R. an einer beweglichen Sache des Schuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen", daß der Schuldner sich aus der zurückbehaltenen Sache befriedigen kann, allerdings erst, nachdem er einen vollstreckbaren Titel erlangt hat.[3])

[1]) Windscheid-Kipp II S. 441 ff. Oertmann Z. 4, zu § 273.
[2]) Windscheid I § 109 S. 489.
[3]) Endemann S. 545 Anm. 14.

Nebenher mag noch erwähnt werden, daß das dem Besitzer einer Sache wegen seiner auf dieselbe gemachten Verwendungen gegebene Befriedigungsrecht des § 1003 B. G. B. kein Ausfluß des Z. R. ist, sondern eine selbständige und singuläre Bestimmung, die den Besitzer dagegen schützen will, daß der Eigentümer weder Klage erhebt noch seine Genehmigung erteilt.

Im Prozesse wird das Z. R. durch eine Einrede im materiellen Sinn oder eine Exzeption[4]) geltend gemacht, welche auch noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden kann (§ 529 früher 491 C. P. O.[5]) Diese Einrede ist eine dilatorische, da sie das Bestehen des Gegenanspruchs nicht leugnet, sondern ihm nur ein seine Geltendmachung vorübergehend hinderndes Gegenrecht entgegenstellt, „das seinem Inhalte zufolge von seinem Gegner beseitigt werden kann." (Windscheid.) Für die Beweislast gelten die allgemeinen Regeln: der die Einrede geltend machende Schuldner muß ihre Voraussetzungen, wie Existenz, Fälligkeit und Höhe seines Anspruchs und die Konnexität desselben mit dem Anspruch des Klägers beweisen, während diesem der Beweis obliegt, daß er den Anspruch des Beklagten erfüllt habe, oder daß das Vorbringen der Zurückbehaltungseinrede aus einem der oben näher bezeichneten Gründe ausgeschlossen sei.

Die Geltendmachung dieser Einrede hat aber nicht wie die der andern verzögerlichen Einreden die Abweisung des Klägers zur Folge, sondern nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist (§ 274 Abs. 1).

Die Erfüllung Zug um Zug erfordert genau genommen völlige Gleichzeitigkeit der beiden Leistungen. Jedoch wird das in der Praxis nicht immer möglich sein. „In solchen Fällen muß es genügen, wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, daß der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Gegenleistung zu erhalten." (Planck a. a. O.)

Für die Zwangsvollstreckung kommen naturgemäß die Bestimmungen der C. P. O. in Betracht. Dieselbe verfolgt den Grundsatz, daß die aufschiebende Wirkung des Z. R. sich erst im Vollstreckungsverfahren zeigt. Der Gläubiger erhält daher im allgemeinen die vollstreckbare Ausfertigung, ohne nachweisen zu müssen, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme sei, es sei denn, daß die dem Schuldner obliegende

[4]) Windscheid I § 47 S. 181 ff.
[5]) R. G. Band XV Nr. 118 S. 421; ebenso Simon S. 66.

Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. (§ 762 Abs. 2 C. P. O.)

Die Prüfung, ob der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzuge sei, erfolgt erst nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher bezw. durch das Vollstreckungsgericht. Ueber das Vollstreckungsverfahren enthalten die §§ 756, 765 C. P. O. nähere Bestimmungen. Hervorgehoben soll hier noch der § 777 C. P. O. sein: dieser Paragraph gibt dem Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger sein Z. R. an einer beweglichen Sache geltend macht, der Zwangsvollstreckung in seinem übrigen Vermögen zu widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. Er kann, wie Deruburg sagt, verlangen, daß in das verurteilende Erkenntnis der Zusatz aufgenommen werde: „Kläger ist gehalten, seine Befriedigung zunächst aus der zurückbehaltenen Sache, nämlich . . . . zu suchen." Wie aber, wenn der Schuldner sich weigert, die ihm vom Gläubiger ordnungsmäßig angebotene Leistung anzunehmen? Kann in einem solchen Falle der Gläubiger das Urteil nicht vollstrecken? Diese Unbilligkeit verhindert § 274 Abs. 2. Er gibt nämlich in diesem Falle dem Gläubiger das Recht, seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung zu verfolgen.

Es erübrigt sich noch, die Wirkungen des Z. R. im Konkurse zu behandeln.

Nach Eröffnung des Konkursverfahrens können Zurückbehaltungsrechte mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht erworben werden. (§ 15 R. K. O.) Die vor Eröffnung des Verfahrens erworbenen Zurückbehaltungsrechte verlieren mit der Eröffnung des Verfahrens jedoch ihre Wirksamkeit, da die Fortdauer ihrer Wirksamkeit weder in der R. K. O. selbst noch in dem Einführungsgesetz zur R. K. O. anerkannt ist. Der Zurückbehaltungsberechtigte hat daher die dem Gemeinschuldner gehörige Sache, welche er zurückbehalten wollte, bei Ausbruch des Konkurses an die Konkursmasse herauszugeben und kann seinen Anspruch nur als Konkursforderung geltend machen. Von dieser Regel hat die R. K. O. in den §§ 17 und 49 Ziffer 3 eine Ausnahme statuiert. Nach § 49 Ziff. 3[6]) haben diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den

6) § 17 R. K. O. wird unten bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages behandelt werden.

noch vorhandenen Teil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache gleich den Faustpfandgläubigern ein Absonderungsrecht. Sie haben also nicht nur das Recht, zurückzubehalten, sondern können sich aus der zurückbehaltenen Sache abgesondert befriedigen. Jedoch müssen sie dem Konkursverwalter auf sein Verlangen die Sache zur Ansicht vorzeigen, ihre Abschätzung gestatten (§ 120) und sich den Verkauf der Sache durch ihn gefallen lassen (§§ 126, 127). Eine Ausnahme von dieser Ausnahme enthält wiederum der § 223 K. O., welcher dem Erben wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 B. G. B. aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen das Z. R. versagt.

§ 224 Ziff. 1 erkennt jedoch dafür, um den Erben schadlos zu halten, seine Ersatzansprüche als Massenschulden an.

Am Schlusse dieses Abschnittes sei noch des einzigen Falles gedacht, in welchem das Z. R. nicht durch Einrede geltend gemacht werden kann, das ist der Fall des § 767 C. P. O. Der Schuldner kann nämlich, wenn er verurteilt ist und erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden können, das Z. R. erlangt hat, dasselbe nur im Wege der Klage beim Prozeßgericht 1. Instanz geltend machen.[7])

B. nach dem H. G. B.

Im Gegensatz zu den geringen Befugnissen, welche das bürgerliche Z. R. wie wir eben gesehen haben, dem Gläubiger gibt, sind die Rechte, die das H. G. B. dem zur Zurückhaltung berechtigten Gläubiger verleiht, viel weiter gehende. Abgesehen von dem auch ihm zustehenden Rechte, die Sache in Besitz zu behalten, bis der Schuldner bezahlt, einem Rechte, das das H. G. B. als selbstverständlich garnicht erwähnt, hat er das viel bedeutendere Recht, „sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen." (§ 371 H. G. B.) Dieses Recht ist sogar allgemein für den Fall des Konkurses (§ 49 Ziff. 4 K. O.) — vorausgesetzt, daß es vor Eröffnung des Verfahrens erworben ist (§ 15 K. O.) — dahin erweitert, daß der Gläubiger stets wie der Pfandgläubiger abgesonderte Befriedigung aus den von ihm zurückbehaltenen Gegenständen verlangen kann, während im bürgerlichen Recht dies nur im Falle des § 49 Ziff. 3 erlaubt ist. Uebt der Gläubiger dieses Recht aus, so muß er sich die

[7]) Gaupp-Stein zu § 767 C. P. O.

schon erörterten Beschränkungen der §§ 120, 127 R. K. O. gefallen lassen.

Ob der Gläubiger sein Z. R. geltend machen will, oder nicht, ist natürlich vollständig in sein Ermessen gestellt. Ex officio wird das Z. R. nicht berücksichtigt.[8])

Die großen Befugnisse, die das Z. R. dem Gläubiger gewährt, werden jedoch, um etwaigen Mißbrauch oder Chikane zu verhindern, durch eine Reihe von Vorschriften beschränkt, die teils aus den allgemeinen Prinzipien des Gesetzbuches herzuleiten sind, teils durch besondere für diesen Fall aufgestellte Normen geregelt werden. So folgt aus den allgemeinen Grundsätzen des Handelsrechtes, welchen Grad von Sorgfalt der Gläubiger während der Dauer des Besitzes der Retentionsgegenstände zu vertreten hat. Art. 282 A. D. H. G. B. ließ durch die Bestimmung „wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem andern zur Sorgfalt verpflichtet ist, muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden" den retentionsgläubiger für omnis culpa haften und beseitigte damit für die Handelsgeschäfte die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über das Maß der anzuwendenden Sorgfalt und über die Grade des Verschuldens.[9]) Der Gläubiger, der diese Sorgfalt verletzt hatte, hatte Ersatz zu leisten und zwar gemäß Art. 283 A. D. H. G. B. nicht nur für den wirklich entstandenen Schaden, sondern auch für den entgangenen Gewinn. Das H. G. B. stimmt mit dem A. D. H. G. B. darin überein, daß es vom Gläubiger auch die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verlangt. Darunter ist jedoch nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in abstracto zu verstehen, sondern die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns dieser Art (Port. 1309), hier aber ohne Rücksicht auf individuelle Eigentümlichkeiten. (§ 347 I.)

Durch besondere gesetzliche Vorschriften werden die Befugnisse des Retentions-Gläubigers in gleicher Weise eingeschränkt, wie das Eigentumsrecht des Schuldners soweit tunlich geschont in zwiefacher Weise:

1. der Schuldner kann die Zurückbehaltung abwenden (§ 369 Z. 4);
2. die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande darf nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen.

---

[8]) R. G. I 74.
[9]) R. O. H. G. VII S. 328. XXII S. 411.

ad 1. Der Schuldner kann, wie im bürgerlichen Recht, so auch im Handelsrecht die Ausübung des Z. R. durch Sicherheitsleistung abwenden.

Auch nach A. D. H. G. B. hatte der Schuldner schon dieses Recht, nur mußte die Sicherheitsleistung dort „rechtzeitig" geschehen. Darunter verstand das A. D. H. G. B., daß die Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der vom Schuldner angebotenen Sicherheit so lange bestand, als er nicht die Klage auf Befriedigung aus den Retentionsgegenständen erhoben hatte.[10]) Im H. G. B. ist das Wort „rechtzeitig" nicht mehr erwähnt. Wird man deshalb annehmen müssen, daß der Schuldner nunmehr jederzeit das Recht hat, durch Sicherheitsleistung die Retention abzuwenden? Ich glaube nicht, vielmehr wird man sagen müssen, sobald der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat, braucht er die vom Schuldner angebotene Sicherheit nicht mehr anzunehmen. Bis dahin muß er es aber, denn dem Recht des Schuldners zur Sicherheitsleistung entspricht naturgemäß die Pflicht des Gläubigers zur Annahme derselben.

In welcher Art der Schuldner Sicherheit leisten kann, wird durch die Vorschriften der §§ 232—40 B. G. B. bestimmt. Er kann danach Sicherheit leisten:

a) durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren. In diesem Falle erwirbt mit der Hinterlegung der Gläubiger ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde resp. den Wertpapieren bezw. an der Forderung auf Rückerstattung, wenn nach landesgesetzlicher Vorschrift die hinterlegten Gegenstände in das Eigentum des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt übergehen (§ 233 B. G. B.). Die Wertpapiere müssen entweder auf den Inhaber lauten, einen Kurswert haben und mündelsichere (§ 1807 2—5 B. G. B.) oder mit Blankoindossament versehene Ordrepapiere sein. Mit den Wertpapieren müssen die Zins-, Renten-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine hinterlegt werden.

Bei der Berechnung kommen die Wertpapiere nur mit $^3/_4$ des Kurswertes in Ansatz (§ 234 B. G. B.).[11])

Der Schuldner ist außerdem berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Wertpapiere oder gegen Geld umzutauschen (§ 235 B. G. B.);

---

10) Thöl I 2 S. 133.

11) Anders § 69 des Z. V. G. vom 24. März 1897. Leistet bei der Zwangsversteigerung ein Bietender auf Verlangen Sicherheit in Wertpapieren, so wird der ganze Kurswert der Papiere in Anrechnung gebracht.

b) durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaates (auch Elsaß-Lothringen cf. Art. 5 E. B. G. B.) eingetragen sind.

Auch hier werden nur $^3/_4$ des Kurswertes in Anrechnung gebracht. Der Gläubiger kann gegen Löschung seiner Forderung Aushändigung der Papiere verlangen (§ 236 B. G. B.);

c) durch Verpfändung beweglicher Sachen.

In Ansatz kommen nur $^2/_3$ des Schätzungswertes. Der Gläubiger hat das Recht, solche Sachen zurückzuweisen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist (§ 237 B. G. B.);

d) durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken.

Die Hypothek kann auch eine Sicherungshypothek sein, da § 230 Abs. 2 B. G. B. nicht auf diesen Fall anzuwenden ist. Die Hypothek muß aber mündelsicher sein (§ 238 Abs. 1 B. G. B.);

e) durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden an inländischen Grundstücken.

Mit einer Hypothekenforderung, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld kann Sicherheit nur geleistet werden, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf (§ 238 Abs. 1). Forderungen, für die eine Sicherheitshypothek besteht, sind zur Sicherheitsleistung nicht geeignet (§ 238 Abs. 2).

Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen (§ 369 4 S. 2).

Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Gläubigers unzureichend, so kann der Schuldner nach seiner Wahl sie ergänzen oder anderweitige Sicherheit leisten (§ 240 B. G. B.). Die Beweislast für die Minderung der Sicherheit trifft dabei den Gläubiger.

Leistet der Schuldner dem Retentionsgläubiger eine anderweitige Sicherheit, dann erlischt damit nicht nur die Verkaufsbefugnis, sondern überhaupt das Retentionsrecht[12]), der Gläubiger erwirbt statt des Z. R. ein Pfandrecht (§ 233 B. G. B.).

12) R. O. H. G. II S. 383, XV S. 363.

Das gerade Gegenteil gilt im bürgerlichen Recht. Hier erlischt das Z. R nicht durch Sicherheitsleistung, sondern seine Ausübung ist nur solange gehemmt, als die Sicherheit geleistet ist und genügt. Siehe unten § 7.

Der Wert der angebotenen Sicherheit richtet sich entweder nach dem Wert des Retentionsgegenstandes oder dem der Forderung. Denn ist der Retentionsgegenstand mehr wert als die Forderung, so braucht die Sicherheit den Wert der Forderung nicht zu übersteigen. Der Ueberschuß kann ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden.[13]) Ist der Retentionsgegenstand aber weniger wert als die Forderung, so braucht die Sicherheit nur den Wert des Retentionsgegenstandes zu haben. Verweigert der Gläubiger trotz des Angebots hinreichender anderweitiger Sicherheitsleistung die Herausgabe der retinierten Sache, so macht er sich schadenersatzpflichtig.[14])

ad. 2. Die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande darf nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen.

Die Befriedigung aus den zurückbehaltenen Gegenständen ist der eigentliche Inhalt des kaufmännischen Z. R. Sie stellt jedoch nur ein Recht des Gläubigers dar, dessen Ausübung der Schuldner nicht von ihm verlangen oder gar erzwingen kann. Der Schuldner kann nicht auf Verkauf klagen.[15]) Will aber der Gläubiger sein Recht auf Befriedigung geltend machen, so eröffnet ihm der § 371 H. G. B. zwei Wege dazu, nämlich die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung und die nach Art des Pfandgläubigers, die aber im Gegensatz zum Pfandrecht nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen kann.

I. Wählt der Gläubiger die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, so muß er den Schuldner wegen seiner Forderung, zu deren Sicherung er das Z. R. ausübt, verklagen und auf Grund des ergehenden Urteils die Zwangsvollstreckung nach den Regeln der C. P. O. in die von ihm zurückbehaltenen Gegenstände des Schuldners bewirken.

II. Will der Gläubiger den zweiten Weg einschlagen, dann muß er sich erst einen vollstreckbaren Schuldtitel verschaffen. Er ist also in dieser Hinsicht schlechter gestellt als der Pfandgläubiger, der ohne vollstreckbaren Schuldtitel aus den Pfandgegenständen

---

[13]) Ebenso Goldschmidt S. 1055, Anschütz-Völterndorff S. 204 Abs. 2, Korn S. 831, R. O. H. G XV S. 363, Staub S. 1219, a. M. Thöl I 2 S. 132 VII 1.

[14]) R O. H. G. II S. 383 XVIII S. 276.

[15]) R. O. H. G. X S. 237 R. G. II S. 35.

Befriedigung suchen kann. Einen vollstreckbaren Titel verschafft er sich durch die Klage gegen den Eigentümer oder den Schuldner, wenn der Retentionsgegenstand dem Gläubiger selbst gehört (§ 371 Abs. 3). Als Eigentümer gilt hier zu gunsten des Gläubigers der Schuldner, der bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers Eigentümer des Gegenstandes war, auch dann, wenn inzwischen das Eigentum auf einen anderen übergegangen ist, der Gläubiger aber von dem Eigentumswechsel nichts weiß (§ 372). Es genügt nicht, daß er es wissen mußte. Ja, der neue Eigentümer muß in diesen Falle sogar ein rechtskräftiges Urteil, das in einem zwischen Gläubiger und Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen, wenn der Gläubiger bei Eintritt der Rechtshängigkeit von dem Eigentumswechsel keine Kenntnis gehabt hat ($\S\ 372_2$).[16]) Weiß der Gläubiger aber zu dieser Zeit, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, dann muß er auch die Klage gegen den neuen Eigentümer richten.

Zuständig für diese Klage ist jedes an und für sich zuständige Gericht. Der $\S\ 371_4$ gibt jedoch dem Gläubiger, ebenso wie Art. 315 A. D. H. G. B., noch die Wahl, die Klage auch an dem Gericht zu erheben, in dessen Bezirk er seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat. Das Klageverlangen endlich geht nicht, wie nach Art. 315 A. D. H. G. B., auf Anordnung des Verkaufs, sondern auf Gestattung der Befriedigung. Gegen diese Klage kann sich der Schuldner aller in der gewählten Prozeßart erlaubten Verteidigungsmittel bedienen. Bestreitet er das Z. R. nicht, oder hat er überhaupt nicht Anlaß zur Klage gegeben, so werden die Prozeßkosten den Gläubiger treffen; andernfalls muß der Schuldner auch diese tragen. Hat nun der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel in Gestalt des auf Gestattung der Befriedigung lautenden vollstreckbaren Urteils, „dann erfolgt die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches". (§ 371 Abs 2), d. h. bei beweglichen Sachen durch Verkauf (§ 1228 B. G. B.).

1. Befriedigung bei beweglichen Sachen.

Der Retentionsgläubiger kann den Verkauf der Retentions-

[16]) Der § 372 H. G. B. hat diese Fragen noch besonders geregelt, weil bei ihnen eine einfache Bezugnahme auf die Vorschriften des B. G. B. nach der Denkschrift (S. 214) nicht genügend erschien, um zu einem zweifelsfreien Ergebnis zu gelangen.

gegenstände auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (§ 814 ff. C. P. O.) bewirken lassen. (§ 1233_2 B. G. B.) Er kann aber auch — und das ist der Hauptunterschied gegen das alte Recht — die Sache ohne Mitwirkung des Gerichts verkaufen lassen und zwar gemäß den §§ 1234—40 B. G. B. Vorweg zu bemerken ist, daß nach § 371_3 hierbei die den Eigentümer betreffenden Vorschriften, wenn die retinierte Sache dem Gläubiger gehört, auf den Schuldner Anwendung finden. Nach diesen Vorschriften muß der Gläubiger vor dem Verkauf dem Eigentümer, bezw. dem Schuldner denselben androhen und ihm dabei den Geldbetrag bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Der Verkauf ist jedoch, wenn die geschuldete Leistung nicht in Geld besteht, erst dann zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist. (§ 1228 Abs. 2 S. 2.) Die Androhung darf nur unterbleiben, wenn sie untunlich ist, z. B. wenn der Gläubiger den Aufenthaltsort des Eigentümers nicht kennt. (§ 1234 B. G. B.) Der Verkauf darf nicht vor Ablauf einer Woche nach der Androhung erfolgen. (§ 1234_2 B. G. B., 371 Abs. 2 H. G. B.)

Ist die Androhung untunlich, so wird die Woche „von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an" gerechnet. (§ 1234 2 S. 2 B. G. B.). Das Recht zum Verkauf hat aber der Retentionsgläubiger, sobald er den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, also wird bei Wegfall der Androhung die Woche von diesem Zeitpunkte an m. E. gerechnet werden müssen. Der Verkauf ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken (§ 1235 B. G. B.) d. h. also durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer (§ 383_3 B. G. B.) Hat jedoch der Retentionsgegenstand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Gläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. (1235_2 B. G. B.) Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem der Retentionsgegenstand aufbewahrt wird (§ 1236 B. G. B.) Verspricht die Versteigerung an diesem Orte keinen angemessenen Erfolg, so ist der Gegenstand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern. (§ 1236_2 B G. B.) Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Retentionsgegenstandes öffentlich bekannt zu machen. Besondere Benachrichti-

gung ist erforderlich an den Eigentümer (bezw. Schuldner s. o.) und Dritte, denen Rechte am Retentionsgegenstande zustehen; sie kann jedoch unterbleiben, wenn sie untunlich ist (§ 1237 B. G. B.) Der Verkauf des Retentionsgegenstandes ist nur mit der Bestimmung zulässig, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht (§ 1238 B. G. B.). Andernfalls ist der Kaufpreis als von dem Retentionsgläubiger empfangen anzusehen, die Rechte des Retentionsgläubigers gegen den Ersteher bleiben jedoch unberührt. Erfolgt die verlangte sofortige Entrichtung des Kaufpreises bis zum Schlusse des Versteigerungstermines nicht, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor diesem Zeitpunkte von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird, (§ 1238_2 B. G. B.)

Bei der Versteigerung können wohl Retentionsgläubiger und Eigentümer mitbieten, nicht aber der Beamte, der die Versteigerung leitet, und seine Gehilfen einschl. des Protokollführers (§§ 456, 457 B. G. B.) Erhält der Retentionsgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen (§ 1239_1 B. G. B.) Das Gebot des Eigentümers und des Schuldners darf, wenn der Betrag nicht bar erlegt wird, zurückgewiesen werden, das des Schuldners jedoch nur dann, wenn der Retentionsgegenstand für eine fremde Schuld haftet. (§ 1239_2 B. G. B.) Für Gold- und Silbersachen gelten besondere Vorschriften. Sie dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden. Fehlt es an einem genügenden Gebot, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person freihändig zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen. (§ 124 B. G. G.)

Der Retentionsgläubiger hat endlich die Pflicht, den Eigentümer (bezw. Schuldner) von dem Verkauf des Retentionsgegenstandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen. Doch kann die Benachrichtigung auch hier wieder unterbleiben, sofern sie untunlich ist. (§ 1241 B. G. B.) Von den eben erörterten Verkaufsvorschriften kann sowohl auf Vereinbarung der Parteien abgewichen werden (§ 1245 B. G. B.) als auch durch gerichtliche Entscheidung, wenn eine Vereinbarung nicht zustande kommt und die Abweichung den Interessen der Parteien entspricht. (§ 1246 B. G. B.) Von dem vollstreckbaren Schuldtitel kann m. E durch Parteivereinbarung nicht abgesehen werden.[17])

---

17) Staub Anm. 28 zu § 371

Bei Erwägung der Folgen des Verkaufs für den Erwerber muß man zwischen rechtmäßigem und nicht rechtmäßigem Verkauf unterscheiden.

a) Der Verkauf des Retentionsgegenstandes ist rechtmäßig, wenn er auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels (§ 371 3 Satz 2 H. G. B.) und gemäß den Vorschriften des § 1228 Abs. 2, 1235, 1237 Satz 1, § 1240 erfolgt ist. (§ 1243 B. G. B.) In diesem Falle erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte, er wird also Eigentümer. Dasselbe tritt ein, wenn dem Retentionsgläubiger der Zuschlag erteilt wird. Pfandrechte an der Sache erlöschen auch, wenn sie dem Erwerber bekannt waren, ein Nießbrauch jedoch nur dann, wenn er allen Pfandrechten im Range vorgeht. (§ 1242 B. G. B.)

b) Der Verkauf ist nicht rechtmäßig, wenn er ohne einen vollstreckbaren Schuldtitel oder entgegen den oben zu a) genannten Vorschriften des B. G. B. vorgenommen ist. (§ 1243 B. G. B.)[18])

α Ist er gemäß den Vorschriften des § 1233 Abs. 2 oder des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 erfolgt, so erlangt der Erwerber lastenfreies Eigentum nach § 1244 B. G. B. nur dann, wenn die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 bis 34, 936 B. G. B. vorliegen. Der Erwerber wird also Eigentümer, wenn er sich in gutem Glauben über das Z. R. des Veräußerers und die Rechtmäßigkeit der Veräußerung befand. Aus der Weglassung des § 935 folgt aber, daß der gutgläubige Erwerber auch an solchen Sachen lastenfreies Eigentum erlangt, welche gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind;

β Sind bei dem Verkauf aber auch nicht einmal die Vorschriften des § 1233 Abs. 1, 1235 oder 1240 Abs. 2 beobachtet, so erlangt der Erwerber weder Eigentum noch Freiheit von dinglichen Lasten, auch wenn er in gutem Glauben sich befand.

---

[18]) Der § 1230 S. 1 kommt hier m. E. nicht in Betracht, da der Retentionsgläubiger nur einen seinem Anspruch entsprechenden Teil der in seinem Besitz befindlichen Sachen des Schuldners zurückbehalten darf.

Ist der Verkauf unrechtmäßig erfolgt, so hat der Gläubiger dem Schuldner den ihm etwa daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Durch den Verkauf gilt die Forderung des Gläubigers soweit als berichtigt, als der Erlös ihm zu seiner Befriedigung gebührt. (§ 1247 B. G. B.) Den Ueberschuß hat er dem Eigentümer bezw. Schuldner herauszugeben.

Die Vorschrift des § 1249 B. G. B. über das Ablösungsrecht Dritter findet auch hier Anwendung.

2. Befriedigung aus Inhaberpapieren.

Für die Befriedigung aus zurückbehaltenen Inhaberpapieren gilt nach § 1293 B G. B. dasselbe wie bei beweglichen Sachen, d. h. der Gläubiger kann sie in der zu 1 geschilderten Art verkaufen lassen. Außerdem hat er aber nach § 1294 noch das Recht bei Inhaberpapieren, durch welche Forderungen verbrieft werden, diese Forderungen einzuziehen. Ja, er hat dieses Recht sogar schon vor Fälligkeit der Forderung.

3. Befriedigung aus Ordrepapieren.

Auch hier hat der Gläubiger das Recht der Einziehung (§ 1294 B. G. B.) wie zu 2. Daneben steht ihm noch, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, gemäß § 1295 die Befugnis zu, es aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise zu verkaufen. Vorherige Androhung ist hier nicht erforderlich, da § 1234 nicht herangezogen ist.[19])

Sind die zu 2 und 3 genannten Arten der Befriedigung bei Inhaber- und Ordrepapieren nicht möglich, dann kann der Gläubiger nur im Wege der Zwangsvollstreckung seine Befriedigung suchen.

Durch Retention von Dispositionspapieren auf Ordre,[20]) welche auf den Namen des Gläubigers lauten oder ihm indossiert sind, sodaß ihm die Verfügung über die betreffenden Waren zusteht, erwirbt derselbe ein Z. R. an den Waren selbst. Er kann dieselben also zum Zwecke der Befriedigung verkaufen lassen. Außerdem hat er das Recht aus

[19]) Ebenso Fischer-Henle zu § 1295.
[20]) Staub Anm. 23f zu § 371.

§ 1295, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, da es sich doch um ein Ordrepapier handelt.

Uebt aber der Gläubiger sein Z. R. an einem Dispositionspapier aus, durch das der Schuldner legitimiert ist, so erstreckt sich sein Recht nicht auf die Waren selbst, sondern nur auf das Papier, d. h. auf das dem Schuldner kraft des Papieres zustehende Recht auf Auslieferung der Ware. Hier kann der Gläubiger nur einziehen, oder wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat, gemäß § 1295 B. G. B verkaufen.

Es bedarf nicht der Erwähnung, daß er sich auch im Wege der Zwangsvollstreckung in diesen Fällen wie überhaupt befriedigen kann.

III. Rechtliche Natur des Z. R.

§ 6.

A. Nach dem B. G. B.

Während die rechtliche Natur des Z. R. im älteren gemeinen Recht sehr bestritten war, — von einigen wurde es als Ausfluß des Besitzes, von anderen als ein Fall der Selbsthilfe angesehen — hat die spätere gemeinrechtliche Literatur und ihr folgend auch das B. G. B. davon abgesehen, das Z. R. unter andere Rechtsbegriffe zu subsumieren, und es als ein selbständiges, subjektives Recht anerkannt. Nun wurden aber die subjektiven Rechte früher in solche des rechtlichen Sollens, d. s. die Obligationen und solche des rechtlichen Dürfens, d. s. die absoluten Rechte eingeteilt.[1]) Unter keine der beiden Kategorien ließ sich jedoch das Z. R. subsumieren.

Da stellte man bei näherer Untersuchung fest,[2]) daß auf der Grundlage dieser ursprünglichen Kategorien weitere sekundäre abgeleitete Begriffe von der Rechtsordnung ausgebildet seien. Das sind außer den Rechten am Vermögen die von Zitelmann „Rechte des rechtlichen Könnens" genannten Rechte. Diese Rechte gewähren über eine gewisse Rechtswirkung Macht, insofern als eine bestimmte Person „die besondere rechtliche Möglichkeit hat, durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung, an der sie, sei es für sich, sei es für einen Dritten ein Interesse hat, herbeizuführen oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu hindern."[3])

[1]) Zitelmann, Internat. Priv. Recht I S. 48 ff.
[2]) Zitelmann, Internat. Priv. Recht II S. 32—45.
[3]) Zitelmann II S. 43.

Unter diese Kategorie von Rechten fällt zweifellos wie alle Einrederechte auch das Z. R. Der unmittelbare Erfolg des Z. R. ist der, daß die gerichtliche Geltendmachung des Gegenanspruchs durch dasselbe zeitweilig gehemmt wird. Daher kann man es ein negatives Recht nennen.[4]) Es will aber den Anspruch des Zurückbehaltungsberechtigten sichern[5]) und den Gläubiger zwingen, diesen Anspruch zu erfüllen. Diese Absicht wird in der Weise erreicht, daß der Zurückbehaltungsberechtigte den Gegenstand seiner Leistung in der Hand behält und dadurch den Gläubiger zur Erfüllung seiner Leistung zwingt, wenn anders diesem an der Gegenleistung etwas gelegen ist. In diesem Sinne trifft die Definition Dernburgs zu, der es „ein Hilfsrecht zur Sicherung des Gegenanspruchs des Schuldners, zugleich aber ein indirektes Zwangsmittel zu dessen Verwirklichung" nennt. Das Z. R. ist nur mit dem Hauptrechte abtretbar und in sofern ein accessorisches Recht, als es ohne ein Hauptrecht, nämlich eine Forderung, zu deren Sicherung es dient, weder entstehen noch bestehen kann.

Es ist schließlich ein nicht subsidiäres Recht in dem Sinne, als es stets auch dann geltend gemacht werden kann, wenn dem Schuldner andere Rechte zur Seite stehen.

Nicht besonderer Erwähnung bedarf es, daß das Z. R. dispositiver Natur ist, also von den Parteien auch jederzeit ausgeschlossen werden kann.

B. nach dem H. G. B.

Während das A. D. H. G. B., welches über den juristischen Charakter des Z. R. keinen Aufschluß gab, sondern sich lediglich damit begnügte, die Voraussetzungen, den Inhalt und die Art der Verwirklichung zu regeln, dem Worte Zurückbehaltungsrecht noch „Retentionsrecht" in Klammern beifügte, läßt das H. G. B. auch diese Klammern weg, sodaß der Wissenschaft allein auch jetzt noch die Aufgabe zufällt, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht systematisch unterzubringen.

Es sind nun von Wolff, Hahn, Laband, Anschütz und Völderndorff, Goldschmidt u. a. verschiedene Versuche in dieser Richtung unternommen worden.[6]) Nach der einen Ansicht (Wolff) ist es eine besondere Art des Pfandrechtes, in

---

4) Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 267 f.
5) Ebenso Rosenthal N. 35 zu § 273.
6) S. das nähere bei Korn S. 16 f.

Umfang und Wirkung beschränkt, nach der andern (Hahn) ein persönliches Recht, das erst durch das richterliche Urteil zu einem dinglichen Rechte, einem richterlichen Pfandrechte verstärkt werde. Nach Laband ist es ein qualifiziertes Retentionsrecht, das mitten zwischen dem wirklichen Pfandrechte und dem gewöhnlichen Retentionsrechte innen stehe, jedoch kein dingliches Recht sei, sondern lediglich den Anspruch gewähre, die retinierten Gegenstände als Exekutionsobjekt zu benutzen. Wie Laband stellen es Anschütz und Völderndorff in die Mitte zwischen Pfandrecht und gem. Retentionsrecht und nennen es ein pfandmäßiges Recht, ein Z. R. mit gewissen Wirkungen des Pfandrechtes.[7])

Die Praxis des R. O. H. G.[8]) hat sich am engsten den Resultaten Goldschmidts[9]) angeschlossen, der es für ein eigentümliches Rechtsinstitut erklärt, das seinem überwiegenden Charakter nach ein gesetzliches Pfandrecht, in vielen Beziehungen mit den schwächeren Wirkungen des Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen nach Art eines Arrest- in andern nach Art eines Kompensationsrechtes gestaltet sei. Es erscheint am zweckmäßigsten, um ein Bild von der juristischen Natur des Z. R. zu erhalten, dasselbe mit den ihm verwandten Rechtsinstituten, nämlich dem bürgerlichen Retentionsrecht, dem Aufrechnungs-(Kompensations-) Recht und dem Pfandrecht zu vergleichen.

Mit den beiden ersten Rechtsinstituten hat das kaufmännische Z. R. den Grundgedanken gemeinsam, daß es dem Rechtsgefühl und der Billigkeit widerspricht, jemanden zu einer Leistung zu kondemnieren, während seine zur Erfüllung gleich reifen Gegenansprüche an die Gegenpartei unbefriedigt bleiben.[10])

Diesen Zweck erreicht das bürgerliche Z. R. dadurch, wie wir oben gesehen haben, daß es dem Schuldner die Befugnis gibt, die geschuldete Leistung so lange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Ihm fehlt jedoch die dem kaufmännischen Retentionsberechtigten zustehende Befugnis, sich aus dem Retentionsgegenstande zu befriedigen, während es andererseits im Gegensatz zu dem kaufmännischen Z. R. mit der Fessel der Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch be-

7) Wolff in Busch's Anhang III 256ff, Hahn II 170, 187, Anschütz & Völderndorff Art. 313 I, Laband Ztschrft IX S. 784 f.
8) II S. 77, II S. 388, V S. 304, S. 307, X S. 74, XV S. 99.
9) Goldschmidt S. 1031.
10) Anschütz und Völderndorff zu Art. 313 S. 192 f.

haftet ist[11]) und im Konkurse des Schuldners im allgemeinen versagt.[12]) (§ 273 B. G. B.)

Das Wesen der Kompensation beruht darauf, daß sie bei Gleichartigkeit der gegenseitig geschuldeten Leistungen jeden Teil berechtigt, seine Forderungen gegen die des andern Teils aufzurechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann, um sich zu befriedigen (§ 387 B. G. B.). Anders das kaufmännische Z. R. Hier wird erst durch die Erhebung der Klage und durch das auf Gestattung der Befriedigung lautende Urteil die Befriedigung herbeigeführt. So erscheint das kaufmännische Z. R. weder als ein neues bürgerliches Retentionsrecht noch als ein neues Kompensationsrecht, sondern lediglich als eine Verbindung dieser beiden Institute, wie auch das R O. H. G. in Bd. II S. 384, Bd. XV S. 29 sagt: „Der Gedanke, auf welchem die Ausbildung des kaufmännischen Retentionsrechtes wesentlich beruht, ist der einer Ausdehnung der Kompensationsbefugnis von Geld auf Sachen". Hat das kaufmännische Z R. hiernach die Natur eines Mittels zur Sicherung und Befriedigung des Gläubigers, so kommt es dem Pfandrecht dadurch sehr nahe (§ 1204 B. G. B.).

Denn auch das Pfandrecht dient zur Sicherung und Befriedigung des Gläubigers. Ja, nach dem H. G. B. erfolgt sogar, wie wir schon oben gesehen haben, die Befriedigung des Retentionsgläubigers nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B. G. B. Doch hier fällt uns schon ein erheblicher Unterschied zwischen beiden Instituten auf. Denn während der Pfandgläubiger zum Verkauf des Pfandes schreiten kann, sobald die Forderung fällig ist (§ 1228 B. G. B.), bedarf der Retentionsgläubiger, wie schon hervorgehoben, zur Befriedigung eines richterlichen Urteils; er ist also schlechter gestellt als der Pfandgläubiger. Ebenso unterscheiden sich die Gegenstände, an denen die Rechte möglich sind, sehr erheblich von einander. Denn während das Pfandrecht an beweglichen Sachen, an unbeweglichen Sachen und selbst an Rechten möglich ist, kann die Retention nur an beweglichen Sachen und Wertpapieren ausgeübt werden. Die Beschränkung des Retentionsgläubigers zeigt sich aber weiter auch darin, daß die Retentionsgegenstände in der Regel dem

---

11) Ausnahme hiervon § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes.

12) Natürlich kann, wenn eine der Erfordernisse des kaufmännischen Z. R. fehlt, auch das bürgerliche Z. R. unter Kaufleuten Anwendung finden, Art. 2 Eg. zum H. G. B.

Schuldner gehören müssen mit Ausnahme des Satz 2 des Absatz 1 des § 369 H. G. B. Anders beim Pfandrecht. Bei ihm finden jetzt gemäß § 1207 B. G. B. und § 366 H. G. B. die Vorschriften des B G. B. über den Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer auch bei Nichtkaufleuten Anwendung, während früher nach Art. 306 ff. diese Vorschriften nur für Kaufleute im Betriebe ihres Handelsgewerbes galten.[13]) Aber auch die Natur des Pfandrechtes ist eine von der des kaufmännischen Z. R. ganz verschiedene. Denn während das Pfandrecht ein dingliches, gegen jeden dritten Besitzer des Pfandgegenstandes wirkendes und durch dingliche Klage geschütztes Recht ist, fehlt dem Retentionsgläubiger jedes dingliche Klagerecht, wenn er den Retentionsgegenstand unfreiwillig aus seinem Besitze verliert.[14])

Ferner braucht der Pfandgläubiger die Sache erst nach Befriedigung seiner Forderung herauszugeben, der Retinent muß den Retentionsgegenstand jederzeit herausgeben, wenn der Schuldner ihm genügende andere Sicherheit leistet. Schließlich besteht noch ein Unterschied hinsichtlich des Wertes der Pfand- bezw. Retentionssache. Während der Wert der Pfandsache zum Betrage der Forderung in keinem Verhältnis zu stehen braucht, folgt aus dem Charakter des Z. R. als eines Sicherungsmittels, daß es nur soweit ausgeübt werden kann, als zur Sicherung des Retentionsgläubigers notwendig ist, was die herrschende Ansicht auch für das bürgerliche Z. R. annimmt.

Ist der Retentionsgegenstand teilbar, so darf nur ein zur Sicherung des Gläubigers notwendiger Teil zurückbehalten und eventuell veräußert werden.[15])

Die Frage, inwieweit das Z. R. Dritten gegenüber geltend gemacht werden könne, denen ein Recht an dem Retentionsgegenstande zusteht, war nach altem Recht sehr bestritten. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob das Z. R. nur als ein obligatorisches oder als ein dingliches Recht zu betrachten ist. Nach der Denkschrift neigen Rechtsprechung und Wissenschaft überwiegend der Auffassung zu, daß es ein persönliches Recht

---

[13]) R. G Bd. XIII S. 130.

[14]) Ebenso Endemann Hdbch II § 183 S. 107, Cosack S. 157. A. M. Staub Anm. 38, da er das Z. R. für ein dingliches Recht hält.

[15]) Ebenso Lehmann-Ring Nr. 18 zu § 369, Gareis-Fuchsberger S. 288, 666, Hahn Art. 313 Anm. 15, Litthauer Anm. a zu § 371, Puchelt Art. 313 N. 5a u. das R. O. H. G. II S. 383 IX. S. 51, XII S. 254, XVIII S. 275, Korn S. 76 ff, Düringer-Hachenburg N. 12 zu § 369. Anders Thöl S. 132, welcher die Retention für ein Mittel hält, den Schuldner zur Zahlung zu nötigen.

sei. Der Entwurf schließt sich dieser Ansicht an,[16]) indem er ausführt:

„Veräußert oder belastet der Schuldner die im Besitz des Gläubigers befindliche Sache, so kann der Gläubiger dem Rechtsnachfolger des Schuldners die ihm gegen den Anspruch des letzteren auf Herausgabe zustehenden Einwendungen, also auch das Z. R. entgegensetzen (B. G. B. §§ 986 Abs. 2 1032, 1065, 1205 Abs. 2, 870, 1227). Ebenso ist ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für eine andere Forderung ein Z. R. hat, durch die Vorschriften des § 1249 Satz 2 und des § 268 Abs. 3 Satz 2 B. G. B. dagegen geschützt, daß dieses Recht durch Einlösung des Pfandes von seiten eines Rechtsnachfolgers des Schuldners beeinträchtigt werde."

Durch den § 369 Abs. 2 H. G. B., welcher lautet:

„Einem Dritten gegenüber besteht das Z R. insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können"

ist die Frage dahin beantwortet, daß die Regeln des bürgerlichen Rechtes entscheiden.

Es fragt sich nun, ob nach ihm ein Fall vorliegt, in welchem der Dritte die dem Schuldner entgegenstehenden Einreden sich gefallen lassen muß. Der Dritte braucht sich dieselben nicht gefallen zu lassen, wenn sein dingliches Recht schon bestand, als das Z. R. des Gläubigers erst entstand. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Gläubiger das Recht des Dritten kannte oder nicht. Ist aber das Z. R. entstanden, bevor der Dritte Eigentum oder ein dingliches Recht erwarb, dann geht das Z. R. vor. Denn nach bürgerlichem Recht bedarf es zum Eigentumsübergang und zur Bestellung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen und Wertpapieren der Uebergabe. Da nun der Zurückbehaltungsberechtigte die Sache besitzt, kann der Schuldner sie dem Dritten nicht körperlich übergeben; er kann dem Erwerber also nur den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtreten (§ 931 B. G. B.). Tut er das, so kann der Zurückbehaltungsberechtigte als Besitzer dem Erwerber diejenigen Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den Veräußerer zustehen (§ 986 Abs. 2 B. G. B.).

---

16) Gegen diese Ansicht und die dort angeführten Beispiele s. Staub Anm. 32 ff., welcher das Z. R. für ein dingliches Recht hält.

Durch diese Vorschriften ist der Gläubiger gegen spätere Verfügungen des Schuldners gesichert (D. S. 212).

Bezüglich der Befriedigung aus dem Gegenstande gibt ihm noch § 371 Abs. 1 Satz 2 H. G. B. in diesem Falle den Vorrang vor dem Dritten.

Da das kaufmännische Z. R. jedoch, wie oben dargelegt, kein dingliches Recht ist, so gehen später entstandene gesetzliche Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte ihm vor (D. S. 212).

Auch das sogenannte Verfolgungsrecht, welches der § 44 K. O. dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär gibt, falls über das Vermögen des Empfängers Konkurs eröffnet ist, bevor er in den Besitz der Ware gelangt, geht dem Z. R. vor, welches der Spediteur oder Frachtführer wegen etwaiger Ansprüche an den Gemeinschuldner geltend macht (D. S. 212).

Ist aber der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet, so kann der Zurückbehaltungsberechtigte ebenso wie der Faustpfandgläubiger abgesonderte Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande verlangen (§ 49 Nr. 4 K. O.), der bürgerliche Zurückbehaltungsberechtigte dagegen im allgemeinen nicht.

Eine andere Frage, welche unter der Herrschaft des A. D. H. G. B. lebhaft umstritten wurde, war die, ob das Z. R. als ein subsidiäres Recht aufzufassen sei, welches der Gläubiger nur dann ausüben dürfe, wenn ihm eine andere Sicherheit bezw. ein anderes Mittel zu seiner Befriedigung fehlte. Diejenigen, welche ihm den subsidiären Charakter zusprachen, stützten ihre Ansicht auf die Worte des Art. 315 A. D. H. G. B.:

> „Er (der Gläubiger) ist befugt, wenn ihn dieser (der Schuldner) nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, den Verkauf ..... zu beantragen."

Wenn nun auch im H. G. B. dieser Ausdruck weggefallen ist, so kann wohl trotzdem m. E. kein Zweifel darüber bestehen, daß das Z. R. in dem Sinne subsidiär ist, als durch § 369 Abs. 4 H. G. B. der Schuldner die Möglichkeit hat, die Ausübung des Z. R. durch Anbieten einer genügenden Sicherheitsleistung zu verhindern. Das Z. R. ist aber auch in dem Sinne subsidiär, daß es nur soweit Platz greift, als die Sicherheit des Gläubigers es erfordert. Ist er durch Pfand oder andere Sicherheit, ausgenommen die durch Bürgen, gedeckt, so hat er das Z. R. nicht. Das ist eine Folge des Zwecks des Z. R. und geht auch aus § 369_4 hervor. Auch darin unterscheidet es sich wieder vom bürgerlichen Z. R., das, wie wir oben gesehen haben, ein nicht subsidiäres Recht[17]) in diesem Sinne ist.

[17]) Ebenso Lehmann-Ring in Nr. 18 zu § 369 H. G. B.

Unbestritten ist wohl der accessorische Charakter des Z. R., wie im bürgerlichen Recht so auch im Handelsrecht, in dem Sinne, als zu seiner Entstehung ein Hauptrecht, nämlich eine Forderung, zu deren Sicherung und Befriedigung es dient, erforderlich ist, und als das Z. R. mit Fortfall der Forderung selber zu existieren aufhört. Aus der accessorischen Natur des Z. R. folgt, daß es nicht selbständig, sondern nur mit der Forderung abgetreten werden kann. Bei Abtretung der Forderung bedarf es jedoch, wenn das Z. R. mit abgetreten werden soll, einer besonders darauf gerichteten Willenserklärung (R. O. H. G. V S. 307).[18])

Der Art. 316 A. D. H. G. B. hatte noch besonders den dispositiven Charakter der Bestimmungen über das Z. R. hervorgehoben, in dem er bestimmte:

> „Die in dem Art. 313—315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben."

Da diese Bestimmung dem allgemeinen Rechtssatze entspricht,[19]) daß dispositive Normen durch Vereinbarung eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden können, hat sie das H. G. B. als selbstverständlich weggelassen, ohne daß deshalb den Parteien die Möglichkeit des Ausschlusses des Z. R., die auch vom bürgerlichen Recht gewährt wird, durch Vereinbarung genommen wäre. Die Vereinbarung bedarf nicht einer bestimmten Form, sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Fassen wir nun die gewonnenen Resultate zusammen, so können wir die rechtliche Natur des kaufmännischen Z. R. dahin feststellen:

> Das kaufmännische Z. R. ist weder dem bürgerlichen Z. R., noch dem Aufrechnungsrechte, noch dem Pfandrechte gleich, sondern, indem es Bestandteile von jedem dieser Rechtsinstitute enthält, ist es ein persönliches, nur im Verkehre zwischen Kaufleuten geltendes, frei nach Wahl des Gläubigers auszuübendes, accessorisches, dispositives Recht, dessen Verwirklichung nach Art der Verwirklichung des Pfandrechtes erfolgt.

---

[18]) Lehmann-Ring Nr. 20 zu § 369, Staub Anm. 7 zu § 369, Düringer-Hachenburg Nr. 4 S. 559. Anders R. O. H. G. X S. 162.
[19]) Lehmann-Ring S. 90 Nr. 14.

IV. Erlöschen und Hemmung des Z. R.

§ 7.

A. nach dem B. G. B.

Das Z. R. erlischt:

1. wenn einer der beiden Ansprüche oder eines ihrer notwendigen Erfordernisse, wie z. B. die Fälligkeit fortfällt. Das Z. R. endigt also stets durch Erfüllung und ihre Surrogate, Erlaß, Aufrechnung, Konfusion, Verjährung usw.
2. wenn ein Dritter an Stelle des Zurückbehaltungsberechtigten dessen Leistungspflicht übernimmt, ohne daß ihm die Gegenforderung cediert wird (§ 414 oder wenn der Gläubiger seinen Anspruch einem Dritten cediert, dem gegenüber die dem Gläubiger entgegenstehende Einrede nicht geltend gemacht werden kann (§ 404);
3. wenn der Berechtigte auf sein Z. R. verzichtet und der Gegner den Verzicht angenommen hat. Dies ist eine notwendige Folge des dispotiven Charaktes des Z. R., dessen Ausübung in dem Belieben des Berechtigten liegt. Der Verzicht kann ausdrücklich erklärt werden oder stillschweigend erfolgen; das letztere wird anzunehmen sein, wenn der Berechtigte den Zurückbehaltungsgegenstand vorbehaltlos dem Gegner ausgehändigt;
4. wenn über das Vermögen des Gläubigers der Konkurs eröffnet wird, sofern nicht die §§ 17 und 49 Ziffer 3 R. K. O. vorliegen;
5. wenn es dinglich Berechtigten entgegentritt, denn diese sind ihm als einem nur persönlichen Recht nicht unterworfen.[1]) Zu den dinglich Berechtigten gehören auch die Pfändungpfandgläubiger (§ 804 Abs. 2 C. P. O.).

Nach den Motiven[2]) sollte das Z. R. auch „mit dem tatsächlichen, wenn auch unfreiwilligen Aufhören der Inhabung oder der Detention" endigen. Das ist aber nicht richtig.[3]) Denn selbst, wenn der Schuldner durch Verlust des Retentionsobjektes außer stande ist, seine Leistungspflicht zu erfüllen, so kann er

[1]) Ebenso Dernburg Band II S. 126 und für das gemeine Recht R. G. Band 39 S. 285.

[2]) Band II S. 43. Ebenso Endemann a. a. O. Seite 541, Leske S. 113, Wanjeck S. 224.

[3]) Ebenso Scherer § 273, Ziff. 14, Simon a. a. O. S. 67.

doch noch seine Einrede vorbringen, wenn er nicht gleichzeitig von dieser Pflicht selbst befreit ist, und er wird mit ihr selbst dann durchdringen, wenn der Gläubiger beweist, daß er augenblicklich die Sache garnicht besitze.[4]) Das Z. R. wird nur dann erlöschen, „wenn der Schuldner nicht mehr zu verhindern vermag, daß der Gegner sich das Objekt auf einem andern rechtsmäßigen Wege verschaffen kann" (Frese a. a. O.) Der Retinent als solcher hat allerdings keinen Anspruch auf Wiederbeschaffung der verlorenen Detention. Doch kann er je nach den rechtlichen Beziehungen, in denen er zu der Sache steht, die Klage aus § 861 oder andere Klagen haben, welche ihm zur Wiedererlangung der Sache verhelfen.

Während im gemeinen Recht Streit darüber herrschte, ob Sicherheitsleistung das Z. R. beseitigen könne, hat das B. G. B. den Grundsätzen der Billigkeit folgend, dem Gläubiger gestattet, die Ausübung des Z. R. durch Sicherheitsleistung abzuwenden (§ 273 Abs. 3).

Die Sicherheitsleistung hat aber im Gegensatz zum kaufmännischen Z. R. hier nicht zur Folge, daß das Z. R. erlischt, sondern nur zur Folge, daß die Ausübung desselben gehemmt wird. Das Z. R. ruht nur solange, als die Sicherheit geleistet ist und solange sie genügt.

Reicht sie nicht mehr aus und wird sie auch nicht vom Gläubiger ergänzt, so kann das Z. R. wieder geltend gemacht werden.[5])

Die Höhe der Sicherheit richtet sich nach dem Werte des Anspruchs des Schuldners. Sie wird nach den Vorschriften der §§ 232 ff. geleistet. An dem zur Sicherheit gegebenen Gegenstande erwirbt der Schuldner ein Recht, das ihm größere Befugnisse verleiht als das Z. R.: Er kann nämlich eventuell selbst aus dem Gegenstande seine Befriedigung suchen. Das Recht der Sicherheitsleistung hat der Gläubiger stets, also selbst noch nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug.[6])

Ausgeschlossen ist jedoch die Sicherheitsleistung durch Bürgen, „weil eine solche dem Retentionsberechtigten nicht eine gleiche reelle Sicherheit zu gewähren vermag, als diejenige, welche ihm durch Zurückhalten der Leistung gewährt ist".[7])

---

[4]) Schollmeyer § 273 Anm. 5, Frese S. 43 ff.
[5]) Ebenso Rieger S. 77 ff. Schollmeyer § 273 Ziff. 4.
[6]) Schollmeyer a. a. O., Rieger S. 72; a. M. Windscheid Band II § 255 Ziff. 3 b.
[7]) Motive Band II S. 44.

B. nach dem H. G. B.

Wie schon hervorgehoben, geht der Gläubiger, welcher die ihm angebotene andere Sicherheit ausschlägt, des Retentionsrechtes nicht verlustig, sondern ist dem Schuldner lediglich zum Ersatz des demselben hieraus entstehenden Schadens verpflichtet. Nicht besonderer Erwähnung bedarf es ferner, daß das einmal entstandene Z. R. durch den Tod des Schuldners oder Gläubigers nicht untergeht, sondern vielmehr für und gegen den Erben bestehen bleibt.

Wie ebenfalls schon hervorgehoben, braucht die Kaufmannseigenschaft beider Parteien nur im Augenblick des Entstehens des Z. R. vorhanden zu sein. Daraus ergibt sich der notwendige Schluß, daß das zur Entstehung gelangte Z. R. nicht untergeht, wenn der Gläubiger oder der Schuldner nachträglich die Kaufmannseigenschaft verliert.

Dagegen erlischt das Z. R.:

1. wenn die Forderung, zu deren Sicherung der Gläubiger das Z. R. ausübt, in irgend einer Weise erfüllt wird. Die einfachste Form der Erfüllung ist die Befriedigung des Gläubigers durch Zahlung. Ihr nahe steht die Befriedigung durch Aufrechnung. Dieselbe Wirkung hatte nach altem Recht die Verjährung der Forderung. Jetzt erlischt das Z. R. nicht mehr durch Verjährung;[8])
2. wenn der Schuldner dem Gläubiger Sicherheit leistet;
3. wenn der Gläubiger die Gegenstände nicht mehr in seinem Besitz hat. Hat er den Besitz freiwillig aufgegeben, so hat er damit eben auf Ausübung seines Z. R. verzichtet und es bedarf nun, wenn er die Gegenstände wieder in seinen Besitz bekommt und das Z. R. ausüben will, des Vorhandenseins aller zur Entstehung des Z. R. überhaupt erforderlichen Tatsachen. Hat der Gläubiger den Besitz unfreiwillig verloren, so erlischt damit auch sein Z. R.[9]) Erlangt er den Besitz aber auf irgend eine Weise wieder, so lebt nun das Z. R. im Gegensatz zu dem Falle der freiwilligen Besitzaufgabe wieder auf;
4. wenn der Zurückbehaltungsgegenstand untergeht, sei es durch Verschulden des Gläubigers, oder aus anderen Gründen. Hier erhebt sich die Frage: Tritt im Falle

[8]) Lehmann-Ring Nr. 21 zu § 369.
[9]) Ebenso Cosack S. 159 Nr. 5.

der Versicherung des untergegangenen Gegenstandes die Versicherungssumme an seine Stelle? M. E. ist die Frage zu bejahen.[10]) Denn wenn auch das Gesetz keine Bestimmung darüber enthält, so wird man doch mit Rücksicht auf den Endzweck des Z. R., nämlich die Befriedigung aus dem Verkaufserlöse der Retentionsgegenstände, sagen müssen, daß billigerweise die Versicherungssumme an Stelle der Verkaufssumme trete, um eine Benachteiligung des Gläubigers durch den Untergang der Retentionssache zu verhindern;

5. wenn die Rechtshandlung, durch welche die Sache in den Besitz des Gläubigers gelangt ist, mit Erfolg angefochten wird.[11])

Da durch das Z. R. eine ungedeckte Forderung des Gläubigers zu einer gedeckten wird, so kann leicht der Fall eintreten, daß der Gläubiger sich in den Besitz etwaiger, zur Retention geeigneter Gegenstände zu setzen, und der ihm wohlwollende Schuldner ihm dies zu ermöglichen sucht und dadurch einen anderen Gläubiger benachteiligt.

Dieser Gefahr ist nun für den Fall des Konkurses des Schuldners durch die R. K. O. und außerhalb des Konkursverfahrens durch das Reichsanfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 ein Riegel vorgeschoben. Da das Gesetz vom 21. Juli 1879 nur insoweit von der R. K. O. abweicht, als die Verschiedenheit der Verhältnisse inner- und außerhalb des Konkurses es erfordert, so genügt es, wenn wir hier nur die das Z. R. betreffenden Normen der R. K. O. besprechen.

Nach § 30 Z. 1 K. O. ist die in der Zuwendung von Zurückbehaltungsgegenständen liegende Einräumung des Z. R., welche nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens durch den Gemeinschuldner erfolgt und die anderen Konkursgläubiger benachteiligt, anfechtbar. Ebenso ist der nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgte Erwerb des Besitzes durch den Gläubiger anfechtbar. In beiden Fällen hängt die Anfechtbarkeit jedoch davon ab, daß dem Gläubiger zur Zeit des Erwerbs die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt gewesen ist. Kann das dem Gläubiger nicht nachgewiesen werden, so hat auch die Anfechtung keinen Erfolg. Hat aber der Gläubiger die

10) Ebenso Korn S. 105.
11) R. O. H. G. Bd. XVII S. 293.

betreffenden Gegenstände nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder in den letzten zehn Tagen vor diesen erworben, ohne daß er einen Anspruch auf den Erwerb derselben mindestens zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage hatte, so kann die Anfechtung der Konkursgläubiger nur dann Erfolg haben, wenn dem Gläubiger der Nachweis mißlingt, daß ihm zur Zeit des Erwerbs weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt gewesen ist. (§ 30 Z. 2 K. O.)

Nach § 31 Z. 1 K. O. ist ferner die Einräumung des Z. R. anfechtbar, welche der Schuldner in der dem Gläubiger bekannten Absicht, seine anderen Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Soll die Anfechtung Erfolg haben, so muß dem Gläubiger die Kenntnis dieser Absicht nachgewiesen werden. Wenn die Einräumung aber im letzten Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist, wenn durch sie die anderen Gläubiger benachteiligt werden, und wenn der Schuldner mit dem Gläubiger nach § 31 Z. 2 K. O. verwandt ist, so muß der Gläubiger beweisen, daß ihm zur Zeit des Besitzerwerbs eine Absicht des Gemeinschuldners, die anderen Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen ist. (§ 31 Z. 2 K. O.)

Nach § 35 K. O. wird die Anfechtung nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Einräumung des Z. R. ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder daß sie durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

6. Wenn Zurückbehaltung und Eigentum zusammentreffen.

Nach dem A. D. H. G. B. galt unbedingt der Satz, daß das Z. R. untergeht, wenn der Gläubiger das Eigentum an den Zurückbehaltungsgegenständen erwirbt. Dieser Satz ist nach dem H. G. B nur mit der Einschränkung des § 369 Abs. 1 Satz 2 als in Geltung zu betrachten.

V. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und ihr Verhältnis zu § 273.

§ 8.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, welche das B. G. B. in den §§ 320—22 regelt, hat zur Voraussetzung zwei zwischen denselben Personen bestehende, einander entgegengesetzte fällige Ansprüche. Diese Ansprüche müssen auf einem gegenseitigen Ver-

trage beruhen und der eine Anspruch muß den Entgelt des anderen bilden.

Ist das nicht der Fall, dann kann der § 320 nicht in Betracht kommen, sondern nur der § 273. So beruhen der Anspruch des Rechtsanwalts auf seine Gebühren und der Anspruch der Partei auf Aushändigung der Handakten auf einem gegenseitigen Vertrage, ohne daß der eine das Aequivalent des andern bildet. Der die Herausgabe der Akten wegen noch nicht gezahlter Gebühren verweigernde Rechtsanwalt macht daher das Z. R. des § 273 geltend.[12]) Liegen jedoch die genannten Voraussetzungen vor, dann kann jeder Vertragsteil, wenn er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern (§ 320 Satz 1), d. h. er kann sie nicht nur verweigern, wenn der andere Teil überhaupt noch nicht geleistet hat, sondern auch in dem Falle, wenn derselbe noch nicht vollständig oder nicht in solcher Art geleistet hat, wie er zu leisten verpflichtet war.[13]) Diese Einrede unterscheidet sich jedoch wesentlich von der Einrede des Z. R. dadurch, daß ihr gegenüber der Gläubiger nicht das Recht hat, die Ausübung des Z. R. durch Sicherheitsleistung abzuwenden. (§ 320 Abs. 1 Satz 3.) Denn hier stehen Leistung und Gegenleistung in einem solchen Zusammenhange, daß kein Teil zu leisten braucht, ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu erhalten. Sicherheitsleistung ist aber keine Gegenleistung.

Stehen auf einer Seite mehrere Vertragschließende, so sind sie im Zweifel auch dann, wenn die Leistung teilbar ist (§ 427), Gesamtschuldner, während sie die ihnen geschuldete Leistung im Zweifel nur zu gleichen Anteilen zu fordern berechtigt sind. (§ 420)

Wenn daher einer der mehreren Vertragschließenden seinen Anteil fordert, muß er die ganze Gegenleistung bewirken; nach § 320 Satz 2 gilt nun dieser Satz aber auch in dem Falle, wenn bei einer teilbaren Leistung die Gesamthaftung durch den Vertrag ausgeschlossen ist.

Der Gläubiger braucht nach § 266 Teilleistungen nicht anzunehmen. Hat er aber eine ihm gebührende Leistung teilweise erhalten, so wäre es unbillig, wenn er das Recht hätte, die ihm obliegende Leistung bis zur vollständigen Gegenleistung zu ver-

---

12) § 32 der Rechtsanwalts-Ordnung vom 1. Juli 1878. Vgl. dazu Korn Blätter für Rechtspflege 1897 S. 77.

13) Planck § 320 Anm. 3, ebenso Oertmann zu § 320, Dernburg Seite 205 ff., Schollmeyer zu § 320 Ziff. 1, Meisner zu § 320, Philler § 84, Kuhlenbeck § 320 Ziff. 4.

weigern. Diese Härte will § 320 Abs. 2 vermeiden, nach welchem bei teilweiser Leistung des einen Teils die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, „als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würden." Hierbei ist unter teilweiser Leistung sowohl der Fall zu verstehen, daß die Leistung quantitativ unvollständig gewesen ist, als auch der Fall, daß sie qualitativ mangelhaft gewesen ist, die Beseitigung der Mängel aber möglich ist.[14])

Die ganze Gegenleistung wird aber auch dann niemals verweigert werden können, wenn in der Annahme eines Teils der Leistung die Einwilligung zur Zerlegung des Schuldverhältnisses in mehrere kleine Schuldverhältnisse zu erblicken ist.[15])

Von der Regel, daß diese Einrede dem zur Vorleistung Verpflichteten nicht zusteht, macht § 321 eine Ausnahme für den Fall, daß nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird. Hier kann nämlich der Vorleistungsverpflichtete die Einrede geltend machen, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit geleistet wird. Hier kann also ausnahmsweise wie beim z. B. Sicherheitsleistung erfolgen und zwar auch solche durch Bürgen, da § 321 diese nicht ausschließt.[16])

Der zur Vorleistung Verpflichtete kann seinerseits, auch wenn er noch nicht geleistet hat, erst klagen und zwar auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist. (§ 322 Abs. 2)

Eigentümlich ist die Beweislast bei dieser Einrede geregelt. Beklagter hat nämlich nicht die Tatsachen, auf die sie sich gründet, zu beweisen,[17]) sondern dem Kläger liegt der Beweis ob, daß der Vertrag so abgeschlossen sei, wie er behauptet, also z. B. daß der Beklagte vorzuleisten verpflichtet sei. Der Kläger kann auch gegen-

---

[14]) Planck § 320 Anm. 4, Neumann § 320 Ziff. 3, Oertmann Ziff. 7b, Staudinger Ziff 6, Schollmeyer Ziff. 3, Windscheid Band II S. 229 ff.; a. M. Cosack Band I Seite 301 ff., welcher in teilweiser Leistung nur die unvollständige im Gegensatz zur mangelhaften sieht.

[15]) Schollmeyer a. a. O., Oertmann Ziff. 7a, Goldmann-Lilienthal S. 140 Nr. 1.

[16]) Ebenso Planck zu § 320, Schollmeyer § 321 Ziff. 2, Oertmann § 320 Anm. 3.

[17]) Ebenso Dernburg Seite 204, Planck § 322 Anm. 1, Endemann Band I Seite 531, Windscheid Band II S. 295 ff, Oertmann § 320 Ziff. 2.

über der Einrede des Beklagten replizieren, daß er quantitativ und qualitativ vollständig geleistet habe. Wenn aber der Beklagte die ihm als Erfüllung angebotene Gegenleistung als Erfüllung angenommen hat, so kehrt sich nunmehr nach § 363 die Beweislast um, und jetzt liegt dem Beklagten der Nachweis ob, daß die Gegenleistung unvollständig gewesen sei.

Die Geltendmachung der Einrede hat dieselbe Wirkung wie die des Z. R.; der Beklagte wird zur Leistung Zug um Zug verurteilt. (§ 322 Abs. 1.)

Für die Zwangsvollstreckung auf Grund eines solchen Urteils gilt nach § 322 Abs. 3 dasselbe wie bei dem Z. R., wenn der Schuldner im Annahmeverzuge ist. In diesem Falle kann also der Kläger seinen Anspruch ohne Bewirkung der Gegenleistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen. Für die Urteile auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung gilt gemäß der Stellung des § 322 Abs. 3 dasselbe wie für die auf Leistung Zug um Zug.[18])

Eine von dem Z. R. ganz abweichende Wirkung hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Konkurse. Nach § 17 R. K. O kann nämlich der Konkursverwalter, wenn ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen. Tut er das, dann behält die Einrede ihre volle Wirkung.

Ueber das Verhältnis, in welchem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu dem Z. R. steht, war man schon im gemeinen Recht überwiegend der Ansicht, daß die erstere nur ein Anwendungsfall des letzteren sei. Diese Ansicht hat auch die Mehrzahl der Schriftsteller[19]) für das B. G. B. festgehalten, während einige andere die beiden Einreden juristisch streng auseinander halten wollen.[20])

Doch ist die letztere Meinung m. E. nicht gerechtfertigt. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß Unterschiede zwischen beiden bezüglich der Sicherheitsleistung und des Konkurses bestehen,

---

18) Planck § 322 Anm. 3, Rieger S. 47 Motive Band II Seite 203, Schollmeyer Ziff. 3 zu § 322, Windscheid Band II S. 300.

19) Planck § 273 Anm. 1a, Oertmann a. a. O., Dernburg S. 122, Stammler Seite 102, Windscheid Band II S. 300, Enneccerus-Lehmann I Seite 429, Brunsen Band I S. 165, Weyl Band I S. 335, Engelmann S. 263, Simon S. 65.

20) Krückmann a. a. O. S. 185, Matthiaß S. 276 Cosack S. 301, Endemann, S. 529 Schollmeyer § 320 Anm. 1, Crome, Bd. I, S. 547

und daß die eine in Billigkeitsrücksichten, die andere in dem Wesen des gegenseitigen Vertrages ihre Begründung findet, so muß man auch andererseits anerkennen, daß die hauptsächlichsten Erfordernisse und Wirkungen dieselben sind. Ja, die Definition des § 273 paßt sogar genau auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, und § 320 nimmt ausdrücklich auf § 273 bezug.

Wir werden also mit Dernburg[21]) sagen können, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit der des Z. R. verwandt ist und als eine Nebenart desselben bezeichnet werden kann.

[21]) Dernburg Band II S. 203.

Anhang.

Wenn wir zum Schlusse unserer Abhandlung noch einmal die gewonnenen Resultate überblicken, so müssen wir sagen, daß das Z. R. ein anderes nach dem bürgerlichen Recht, ein anderes nach dem Handelsrecht ist.

Das bürgerlich rechtliche Z. R., durch das Erfordernis der Konnexität der beiden Ansprüche sehr beschränkt, will den Schuldner für seinen Anspruch sichern und zugleich den Gläubiger zur Erfüllung des Gegenanspruchs zwingen. Nur durch eine Einrede geltend gemacht, führt es im allgemeinen nicht zur Befriedigung des Schuldners und versagt, mit Ausnahme der §§ 17, 49 Ziff. 3 K. K. O., im Konkurse vollständig. Anders das kaufmännische Z. R. Frei von der schweren Fessel der Konnexität, dient es dem Berechtigten zur Sicherung, hauptsächlich aber zur Befriedigung seiner Ansprüche. Dem Pfandrecht nahe verwandt wird es durch Klage geltend gemacht und zeigt gerade im Konkurse seine Kraft, in dem es dem Gläubiger ein Absonderungsrecht gewährt.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

A. B. G. B.

Bendix: „Das deutsche Privatrecht", 1899.
Bunsen: „Einführung in das B. G. B.", 1897.
Cosack: „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts". I Bd. 1898.
Crome: „System des deutschen bürgerlichen Rechts". I. Bd. 1900.
Dernburg: „Geschichte und Theorie der Kompensation", 1868.
Dernburg: „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens". Bd. II. 1899.
Endemann: „Einführung in das Studium des B. G. B.", 1898.
Engelmann: „Das bürgerliche Recht Deutschlands", 1900.
Enneccerus-Lehmann: „Das bürgerliche Recht", 1901.
Frese: „Das gesetzliche Z. R. nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B.". Ing.-Dissert., Rostock 1902.
Fulda: „Das Z. R.". Ing.-Dissert., Greifswald.
Gaupp-Stein: „Die C. P. O. für das Deutsche Reich", 1902.
Goldmann-Lilienthal: „Das B. G. B.", 1900.
Katter: „Das Z. R. nach gemeinem Recht und nach dem Recht des B. G. B.". Ing.-Dissert., Greifswald. 1900.
Kaufmann: „Kommentar u. Institutionen des B. G. B.". Bd. II. 1901.
Korn: „Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts". 8. Jahrg. 1897.
Krückmann: „Institutionen", 1898.
Kuhlenbeck: „Das B. G. B.". Bd. I. 1899.
Langfeld: „Die Lehre vom Retentionsrecht", 1886.
Leske: „Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des Pr. A. L. R." 1900.
Mathiaß: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", 1899.
Meisner: „Das Recht der Schuldverhältnisse", 1898.
Neumann: „Handausgabe des B. G. B." Bd. I. 1899.
Oertmann: „Das Recht der Schuldverhältnisse", 1899.
v. Petraczycki: „Die Lehre vom Einkommen". Bd. II. 1895.
Philler: „Vorlesungen über das B. G. B.", 1899.
Planck: „B. G. B.". Bd. II. 1900.

Reinhold: „Das allgem. und das kaufm. Z. R.", 1889.
Rieger: „Das Z. R. des B. G. B.". Ing.-Dissert., Tübingen. 1901.
Rosenthal: „Das B. G. B.", 1901.
Scherer: „Recht der Schuldverhältnisse", 1899.
Schollmeyer: „Recht der Schuldverhältnisse", Kommentar von Hölder. Bd. II. 1900.
Simon: „Das Z. R. des B. G. B." in „Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen". 1. Jahrg. 1898.
Stammler: „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren", 1897.
Staudinger: „Kommentar zum B. G. B.". Bd. II. 1901.
Wanjeck: „Preuß. und deutsches Civilrecht", 1897.
Weyl: „Vorträge über das B. G B.", 1898.
Windscheid-Kipp: „Lehrbuch des Pandektenrechts", 1900.
Zitelmann: „Internationales Privatrecht", 1898.

B. H. G. B.

Anschütz-Völderndorff: „Kommentar zum A. H. G. B.", 1874.
Cosack: „Lehrbuch des Handelsrechts". 4. Aufl. 1898.
Denkschrift zu dem Entwurf eines H. G. B. und eines Einführungsgesetzes (Bundesratsvorlage) (D).
Dernburg: „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens". Bd. III. 1898.
Düringer-Hachenburg: „Das H. G. B. vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des B. G. B.", 1901.
Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts", 1881 ff.
Gareis: „H. G. B. vom 10. Mai 1897" „Handausgabe", 1898.
Gareis: „Lehrbuch des Handelsrechts", 1899.
Gareis-Fuchsberger: „Das A. D. H. G. B.", 1891.
Goldmann: „Das H. G. B. erläutert", 1901.
Goldschmidt: „Handbuch des Handelsrechts". I. Bd. 2. Abt. 1868.
v. Hahn: „Kommentar zum A. D. H. G. B.", 1875.
Korn: „Das kaufmännische Retentionsrecht nach dem A. D. H. G. B.", 1881.
Laband: „In Goldtschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht". Bd. IX, S. 482 ff.
Lehmann-Ring: „Das H. G. B. für das Deutsche Reich", 1901.
Litthauer: „H. G. B. vom 10. Mai 1897", 1901.
Makower: „H. G. B. mit Kommentar", 1901.

Mandry: „Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze". 4. Aufl. von Geib 1898.
Methner: „Das neue und das alte H. G. B. in ihren Abweichungen", 1899.
Müller: Das Z. R. nach dem Handelsgesetzbuche". Ing.-Dissert., Rostock. 1901.
Pick: „Das kaufmännische Z. R.". Ing.-Dissert., Rostock. 1902.
Die Protokolle der Kommission zur Beratung eines A. D. H. G. B., herausgegeben von Luz. 1858—63.
Puchelt: „Kommentar zum A. D. H. G. B.". 4. Aufl. von Förtsch 1893/94.
Staub: „Kommentar zum H. G. B.", 1900.
Thöl: „Das Handelsrecht", 1876.
Wolff in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Bd. III.
Entscheidungen des Reichsgerichts (R. G.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R. O. H. G.)
Zeitschrift für Handelsrecht von Goldschmidt.